

THIAGO OLIVEIRA MOREIRA

**A APLICAÇÃO DOS
TRATADOS INTERNACIONAIS
DE DIREITOS HUMANOS
PELA JURISDIÇÃO BRASILEIRA**

Prefácio:

Valerio de Oliveira Mazzuoli

A APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

A APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

Thiago Oliveira Moreira



Natal, 2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

Reitora

Ângela Maria Paiva Cruz

Vice-Reitor

José Daniel Diniz Melo

Diretora da EDUFRN

Maria da Conceição Fraga

Direitor Adjunto da EDUFRN

Wilson Fernandes de Araújo Filho

Conselho Editorial

Maria da Conceição Fraga (Presidente)
Ana Karla Pessoa Peixoto Bezerra
Anna Emanuella Nelson dos S. C. da Rocha
Anne Cristine da Silva Dantas
Carla Giovana Cabral
Edna Maria Rangel de Sá
Eliane Marinho Soriano
Fábio Resende de Araújo
Francisco Wildson Confessor
George Dantas de Azevedo
Lia Rejane Mueller Beviláqua
Maria Aniolly Queiroz Maia

Maria da Conceição F. B. S. Passeggi

Maria de Fátima Garcia

Maurício Roberto Campelo de Macedo

Nedja Suely Fernandes

Paulo Ricardo Porfírio do Nascimento

Paulo Roberto Medeiros de Azevedo

Regina Simon da Silva

Rosires Magali Bezerra de Barros

Tarcísio Gomes Filho

Editora

Kamyla Alvares

Coordenação da Revisão

Wildson Confessor

Design Editorial

Fabício Germano Alves (Diagramação)
Thomas Kefas Dantas de Souza (Capa)

Supervisão editorial

Alva Medeiros da Costa

Supervisão gráfica

Francisco Guilherme de Santana

Divisão de Serviços Técnicos

Catálogo da Publicação na Fonte. UFRN / Biblioteca Central Zila Mamede

Moreira, Thiago Oliveira.

A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira /
Thiago Oliveira Moreira. – Natal, RN : EDUFRN, 2015.
2,31 MB ; PDF

ISBN 978-85-425-0521-4

Originalmente apresentado como dissertação do autor (mestrado – Universidade Federal
do Rio Grande do Norte).

Modo de acesso: <http://repositorio.ufrn.br>

1. Direitos humanos – Brasil. 2. Direito internacional. 3. Tratados internacionais. 4. Poder
judiciário – Brasil. I. Título.

RN/UF/BCZM

2015/66

CDD 341.481

CDU 342.7(81)

Todos os direitos desta edição reservados à EDUFRN – Editora da UFRN

Av. Senador Salgado Filho, 3000 | Campus Universitário

Lagoa Nova | 59.078-970 | Natal-RN | Brasil

e-mail: edufn@editora.ufrn.br | www.editora.ufrn.br

Telefone: 84 3215-3236 | Fax: 84 3215-3206

Dedico essa importante vitória a toda a minha família. Em especial, Samilly e Thaís, minhas amadas filhas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a minha família, que sempre manifestou total apoio ao desenvolvimento da minha carreira profissional e por entender que o meu compromisso com a vida acadêmica demanda um precioso tempo.

Não poderia deixar de expressar minha gratidão ao Prof. Dr. Jahyr-Philippe Bichara, meu orientador no Mestrado em Direito da UFRN, que aceitou as minhas deficiências metodológicas e científicas, bem como demonstrou o quanto o trabalho e a organização podem render bons frutos.

Gostaria de dizer quão grato sou ao Prof. Dr. Valerio de Oliveira Mazzuoli, por ter aceitado participar da minha banca de mestrado e ter prefaciado a presente obra. É uma honra ter a minha pesquisa avaliada pelo maior nome do Direito Internacional brasileiro na atualidade.

Gratidão especial aos Profs. Yanko Marcius de Alencar Xavier e Fabrício Germano Alves, por terem dado larga contribuição à publicação desse livro.

Em tempo, vale agradecer aos estimados Marconi Neves Macedo, Marco-ni Falcone, Osvaldo Fortes, Yara Gurgel, Antonio da Silva Campos Júnior e Orione Dantas de Medeiros, bem como aos colegas do Departamento de Direito Privado e do Curso de Direito da UFRN.

Expresso a minha gratidão, por fim e em virtude de sua maior importância, a Deus, por possibilitar diariamente a minha existência.

APRESENTAÇÃO

O resultado da pesquisa que tenho a honra de apresentar advém de um trabalho desenvolvido no seio de nossa base de pesquisa (Direito Internacional e Soberania do Estado Brasileiro), onde o então mestrando, Thiago Oliveira Moreira, assumiu a tarefa de analisar como a justiça brasileira atuava na proteção aos direitos humanos.

Lembro-me do comprometimento e das inquietações do autor quanto à necessidade de coletar a melhor bibliografia possível para apresentar o melhor estudo sobre uma questão tão debatida à época: a hierarquia dos tratados internacionais dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

O resultado desse empreendimento está à altura do afinho com que o agora professor de Direito Internacional dos Direitos Humanos se dedicou. O presente livro constitui, sem sombra de dúvida, uma das melhores contribuições norte-rio-grandenses para quem deseja entender as problemáticas da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica pátria.

Natal, 10 de agosto de 2015.

Prof. Dr. Jahyr-Philippe Bichara

Professor de Direito Internacional do Curso de Direito
e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Norte – UFRN.
Coordenador do Grupo de Pesquisa “Direito Interna-
cional e Soberania do Estado brasileiro”.

PREFÁCIO

Há muitos anos, como é de conhecimento geral, o tema da incorporação – hierarquia, eficácia e aplicabilidade – dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira tem sido objeto de minhas preocupações.¹ Mais recentemente, após esgotado o assunto, pretendi descrever a mecânica de aplicação desses instrumentos pelo Poder Judiciário brasileiro e a forma de controle da produção normativa doméstica baseada nesses instrumentos, os quais, como sempre entendi, guardam índole e nível de normas constitucionais no Brasil, independentemente de aprovação qualificada pelo Congresso Nacional. Essa mecânica de controle dos atos internos – que tem por paradigma os instrumentos internacionais de direitos humanos em vigor no País – é o que se nomina “controle de convencio-

1 A respeito, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Il recepimento dei trattati internazionali in materia di ambiente nell'ordinamento giuridico brasiliano. In: DEL VECCHIO, Angela; DAL RI JÚNIOR, Arno (Org.). *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg*. Napoli: Scientifica, 2005, p. 331-349. Também de nossa autoria, cf. os seguintes estudos: “A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, vol. 53 (2000), p. 83-106; “A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 147, ano 37 (2000), p. 179-200; “Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 149, ano 37 (2000), p. 231-250; e “Direitos humanos provenientes de tratados: exegese dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988”, *Revista Jurídica*, vol. 278, ano 48 (2000), p. 39-60.

nalidade” das leis, tema até então jamais desenvolvido por qualquer internacionalista ou constitucionalista pátrio.²

Se a doutrina, porém, avançou no tema, o mesmo não se pode dizer relativamente ao próprio Poder Judiciário, que ainda sente grandes dificuldades de operar com as normas internacionais, sobretudo as relativas a direitos humanos. Apenas depois de muitos anos, já sob a égide da Emenda Constitucional nº 45/2004 (conhecida como “Reforma do Judiciário”), é que o Supremo Tribunal Federal veio atribuir alguma prevalência aos tratados de direitos humanos sobre as normas infraconstitucionais, alocando-os no plano da *supralegalidade*.³ Apesar de não ter avançado como eu verdadeiramente pretendia, não se pode dizer, contudo, que o STF não tenha inovado (para melhor) o modelo de aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil, uma vez que retirou tais instrumentos do plano raso das meras leis ordinárias – tese pacífica na jurisprudência brasileira desde o julgamento do RE 80.004/SP, em 1977 – para alocá-los num patamar *superior*, ainda que abaixo da Constituição.⁴

Seja como for, o certo é que a partir do impulso doutrinário relativo ao tema, somado a essa nova tomada de posição do STF, os juízes e tribunais nacionais começaram (ainda que vagarosamente) a aplicar, nos respectivos julgamentos, os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil, muitas vezes sem uma metodologia bem definida, ainda, porém, que com boa vontade. Também, de certa forma, o Ministério Público (Estadual e Federal) e as Defensorias Públicas (dos Estados e da União) estão, cada vez mais, exigindo do Poder Judiciário que aplique as normas de direitos humanos ratificadas e em vigor no País, para o fim de controlar a convencionalidade das leis contrárias (e menos benéficas) aos coman-

2 Para os estudos pioneiros do tema no Brasil, *v.* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Ed. RT, 2009; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010 [Tese de Doutorado]. Também de nossa autoria, cf. “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”, *Revista Forense*, vol. 401 (2009), p. 319-353; “O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do ‘diálogo das fontes’”, *Argumenta*, vol. 15 (2011), p. 77-114; e “O controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 2013 (2013), p. 417-434.

3 STF, RE 466.343-1/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julg. 03.12.2008, *DJe* 05.06.2009. Sobre a posição do STF relativa ao *status* normativo dos tratados de direitos humanos, *v.* especialmente MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 393-403.

4 Para críticas a esse modelo, *v.* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, *Revista Jurídica Consulex*, nº 295, abr. 2009, p. 54-55.

dos dos tratados que o Estado brasileiro assumiu nos planos global e regional de proteção.

Além do mais, outros tribunais superiores, como o Tribunal Superior do Trabalho, já vêm aplicando corretamente a minha tese sobre o controle da convencionalidade das leis, invalidando as normas do direito interno contrárias e menos benéficas aos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, tal como fez a 7ª Turma do TST num caso em que se discutia a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, tendo o tribunal concluído que “outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF”, razão pela qual “não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT”.⁵

Isso tudo somado demonstra que o Brasil tem passado por um processo de amadurecimento e de compreensão da importância dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna, o que leva à necessidade – nesses mais de dez anos da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004 – de que seja feito um “balanço” da situação da aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil, a fim de se ter um panorama *atual* do estado da arte relativamente ao tema.⁶

O estudo desse balanço foi objeto da Dissertação de Mestrado do professor Thiago Oliveira Moreira, defendida (e aprovada com nota máxima) no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, em 19 de março de 2012, magistralmente orientada pelo Prof. Dr. Jahyr-Philippe Bichara e de cuja defesa tive a honra de participar como de examinador externo. Após a arguição e brilhante defesa, recomendei ao candidato – no que fui seguido pelos demais examinadores – a publicação do texto acrescida das sugestões da banca, o que agora, depois de certa maturação, vem finalmente à luz pelo selo da Editora UFRN.

5 TST, RR-0001072-72.2011.5.02.0384, Acórdão 1572/2014, Rel. Min. Cláudio Brandão, disponibilizado em 02.10.2014 (a expressão “controle de convencionalidade” é referida inúmeras vezes durante o Acórdão, inclusive na Ementa). Sobre a integração das convenções da OIT no Brasil, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 152 (2013), p. 11-35.

6 Uma análise da jurisprudência do STF anterior à EC 45/2004 encontra-se em: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 154, ano 39 (2002), p. 15-29.

O que o leitor tem em mãos é um livro que estuda, em profundidade e com o desejado rigor científico, o papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, demonstrando o atual estágio e os vários problemas existentes na aplicação de toda essa normativa no Brasil. A obra demonstra claramente que, não obstante serem os tratados de direitos humanos fontes formais do direito brasileiro, não vêm sendo devidamente aplicados pelo nosso Judiciário interno, especialmente no que tange ao exercício do controle de convencionalidade. Demonstra ainda a dificuldade do Judiciário em assimilar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de aplicar os tratados sobre o tema (em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) à luz do princípio *pro homine*. Além do mais, o livro consegue traduzir a capacidade de pesquisa de seu Autor, que se utiliza de referencial teórico preciso e atualizado para a construção das críticas que faz à atuação do Judiciário no que concerne à aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil.

Não há dúvida de que esta obra representa um importante contributo para o Direito Internacional Público em nosso País, tanto pela seriedade com que o tema é abordado quanto pela densidade da pesquisa doutrinária e jurisprudencial que nela se contém. Trata-se de livro indispensável para a melhor compreensão do estado da arte da aplicação dos tratados de direitos humanos pelo Poder Judiciário brasileiro, capaz de muito contribuir para a melhoria do nosso direito interno. É obra que honra a tradição internacionalista brasileira – tão esquecida nestes tempos de doutrina *fast food* ou de profundidade *zero* – de bem servir ao avanço do Direito Internacional no Brasil.

Cuiabá, 14 de julho de 2015.

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito pela Unesp, *campus* de Franca. Professor Adjunto de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFMT. Pesquisador do CNPq.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
-----------------	----

PARTE I

O ESTADO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	23
--	----

Capítulo 1. OS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL.....	25
--	----

Seção 1 - O Conceito de Direito Internacional.....	26
--	----

§ 1º Por uma breve definição de direito internacional.....	28
--	----

§ 2º Fundamentos da obrigatoriedade do direito internacional.....	30
---	----

A) Contribuição do Voluntarismo.....	32
--------------------------------------	----

B) A imperatividade do <i>jus cogens</i>	35
--	----

Seção 2 – O Direito Internacional Contemporâneo e a Proteção dos Direitos Humanos.....	44
--	----

§ 1º Da coexistência à cooperação estatal na proteção dos direitos humanos.....	45
---	----

§ 2º O surgimento do direito internacional dos direitos humanos.....	48
--	----

A) O sistema universal.....	62
-----------------------------	----

B) Os sistemas regionais.....	70
-------------------------------	----

Capítulo 2. A OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.....83

Seção 1 - A Previsão Constitucional da Proteção dos Direitos Humanos....85

§ 1º O Conceito de Direitos Humanos.....86

§ 2º A Prevalência dos Direitos Humanos e a Soberania.....92

§ 3º A Cláusula Constitucional de Recepção dos Direitos Humanos....100

Seção 2 - A Relação entre Constituição e o Direito Internacional.....105

§ 1º Regência constitucional das relações internacionais.....107

§ 2º Os princípios positivados no art. 4º da Constituição Federal de 1988.....111

§ 3º A internacionalização do Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito Internacional.....116

Capítulo 3. OS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ASSUMIDOS PELO ESTADO BRASILEIRO.....125

Seção 1 – Os tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro.....126

§ 1º Normas cogentes.....131

**A) Tratados celebrados antes da nova ordem constitucional
brasileira.....134**

B) Tratados celebrados pós-1988.....136

§ 2º Regime de incorporação dos tratados internacionais pelo Brasil....143

A) O regime geral de incorporação dos tratados internacionais.....146

B) O regime específico previsto no art. 5º, §3º da CF/88.....160

Seção 2 - Responsabilidade Internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos.....185

§ 1º Os Elementos Constitutivos da Responsabilidade Internacional....188

§ 2º A Responsabilidade decorrente de atos do Poder Judiciário....194

PARTE II

A JURISDIÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS EM TRATADOS INTERNACIONAIS.....205

Capítulo 4. A JURISDIÇÃO INTERNA BRASILEIRA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....207

Seção 1 – O Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988.....208

§ 1º Competência constitucional do Judiciário.....213

§ 2º O Dever de Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Magistratura brasileira.....218

Seção 2 – A Competência da Justiça Federal para aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....223

§ 1º Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Justiça Federal.....226

§ 2º O Incidente de Deslocamento de Competência.....229

Seção 3 – A Proteção dos Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal.....234

§ 1º O Controle de Constitucionalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....235

A) Necessidade de controle prévio de constitucionalidade dos Tratados internacionais pela Suprema Corte.....241

Capítulo 5. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS COMO NORMA-PARÂMETRO DE COMPATIBILIDADE VERTICAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....245

Seção 1 – O Controle de Convencionalidade das Normas Internas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.....248

§ 1º O Controle de convencionalidade concreto/difuso.....254

§ 2º O controle de convencionalidade abstrato/concentrado.....258

Seção 2 – O Controle de Convencionalidade na Jurisdição brasileira.....	261
§ 1º O Controle de Convencionalidade como instrumento de Proteção dos Direitos Humanos.....	264
§ 2º A Lei de Anistia brasileira e a Jurisprudência da CIDH.....	265

Capítulo 6. O ENTENDIMENTO DO STF COM RELAÇÃO AO STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....281

Seção 1 – Análise das Decisões do STF anteriores a Constituição Federal de 1988.....	282
§ 1º O Supremo Tribunal Federal e a tese da paridade normativa entre lei e tratados internacionais.....	283
§ 2º Os fundamentos da decisão do RE 80.004/SE.....	288

Seção 2 – A nova ordem constitucional e as decisões do STF acerca do status legal dos tratados internacionais.....	290
§ 1º A manutenção do velho paradigma da hierarquia infraconstitucional.....	292
A) Hierarquia legal e a infeliz confirmação da paridade normativa....	298
§ 2º A divergência de entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 466.343/SP.....	303
A) Críticas à posição do Min. Gilmar Mendes - A ainda insuficiente hierarquia supralegal e o retorno ao início do séc. XX....	309
B) Apoio ao entendimento do Min. Celso de Mello.....	314
§ 3º O art. 5º, § 2º da CF/88 como verdadeiro fundamento do valor constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.....	315
§ 4º A tese do status supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.....	323

CONCLUSÃO.....	329
----------------	-----

REFERÊNCIAS.....	335
------------------	-----

INTRODUÇÃO

A discussão acerca do dever estatal de proteção aos direitos humanos através da aplicação dos tratados internacionais pela Jurisdição interna talvez seja um dos temas de maior destaque no atual cenário internacional. Com efeito, pode-se afirmar que a tutela dos referidos direitos é um dos traços comuns que une os Estados em torno de um objetivo maior que é a consagração dos direitos mais básicos dos seres humanos.

A sociedade internacional, na intenção de alcançar o objetivo acima elencado, caminha a passos firmes no sentido de consolidar o Direito Internacional como um conjunto de normas que regem não só as relações entre os Estados, mas também entre os novos sujeitos (Organizações Internacionais e os indivíduos), e que tem por finalidade satisfazer o desejo de paz universal e promoção dos direitos humanos em todos os recantos do globo.

Para que esses fins sejam alcançados o Direito Internacional adaptou-se as novas tendências da sociedade pós-moderna. Com a consolidação de princípios básicos como o *pacta sunt servanda*, o caráter imperativo desse importante ramo do Direito passou a trilhar novas etapas de evolução. Novos fundamentos de sua obrigatoriedade vêm se desenvolvendo para confirmar a imperatividade de seus preceitos e o dever dos atores internacionais de aplicar a normatividade oriunda do sistema jurídico internacional, tais como as obrigações *erga omnes* e a noção de normas *jus cogens*¹.

1 “On ne peut que constater que certaines normes sont aujourd’hui incontestablement des normes de *jus cogens*, l’interdiction du génocide ou de la torture, le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes ou l’interdiction du recours à la force en font partie. On peut admettre que les crimes que relèvent de la compétence de la Cour pénale internationale sont des violations de normes de *jus cogens*”. LAGHMANI, Slim. *Le jus cogens et la cohérence de l’ordre juridique international*. In.: ACHOUR, Rafaa Ben; LAGHMANI, Slim. *Les droits de l’homme: Une nouvelle cohérence pour le droit international ?* Paris: Pedone, 2008, p. 95.

Dentro do complexo ambiente de produção normativa do sistema jurídico, observa-se o surgimento e a concretização do Direito Internacional dos Direitos Humanos². Esse novo ramo do Direito surge da relação existente entre os diversos Estados e o indivíduo, seja na vertente da já debatida obrigação do Estado de proteger os seus cidadãos ou no novo enfoque da responsabilidade da sociedade internacional em garantir a dignidade dos seres humanos, independentemente da nacionalidade ou até mesmo no caso de ausência dela.

Com o salutar desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos³, os Estados viram-se obrigados a empreender maiores esforços no sentido de positivar em suas Constituições, diversos direitos de origem jusinternacional, elevando-os a categoria de normas constitucionais, assim como a permitir uma complementação do catálogo de direitos fundamentais através de cláusulas abertas de recepção dos direitos humanos, nos moldes da prevista no art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988⁴.

Com essa atitude, o constitucionalismo outrora fechado passou a estabelecer um fluxo contínuo com a ordem jurídica internacional, notadamente através da positivação de princípios reitores das relações internacionais, como é o caso do princípio da prevalência dos direitos humanos, descrito no art. 4º, II da Constituição Federal de 1988, da celebração e incorporação de diversos tratados internacionais de direitos humanos e da previsão dos mesmos como fontes do direito doméstico, sendo, inclusive, de hierarquia constitucional.

2 “O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”. PIOVESAN, Flávia. *O Direito Internacional Dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (org.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.124.

3 “...o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem a instaurar o processo de redefinição do próprio conceito de cidadania no âmbito brasileiro. O conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciado”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351.

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Vencida a etapa da assunção de compromissos, a preocupação que se formou foi relacionada à aplicabilidade/efetividade das normas previstas nos tratados internacionais e em outras fontes do Direito Internacional pelo Estado brasileiro. Não demorou a se descobrir que o Brasil, apesar de ter uma participação ativa nos fóruns internacionais de debates sobre o tema, não atuava de forma eficiente no adimplemento das obrigações livremente pactuadas.

A omissão em cumprir as obrigações protetivas de direitos humanos levou o Estado brasileiro a ser acionado e condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em virtude da prática de atos violatórios aos ditos direitos, praticados no âmbito dos três Poderes, bem como por todos os Entes Federativos.

É justamente em face dessa omissão que a nossa investigação irá ocorrer. Nosso objeto de estudo será a efetivação dos Direitos Humanos previstos em tratados internacionais pela Jurisdição brasileira. Na esteira desse raciocínio, nossa problemática consiste em demonstrar que os tratados internacionais de direitos humanos, apesar de serem claramente fontes do direito estatal, não vem sendo devidamente aplicados pelos órgãos que exercem a função jurisdicional em nosso país.

Fixadas as premissas básicas acerca do dever do Estado brasileiro de proteção aos direitos humanos, nosso objetivo consiste: 1) descrever a competência constitucional do Poder Judiciário para proteção dos direitos humanos e aplicação dos tratados internacionais; 2) definir o controle jurisdicional de convencionalidade como instrumento de proteção dos direitos humanos a ser utilizados pelos magistrados; e, 3) analisar quase um século de decisões do Supremo Tribunal Federal no que toca a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos.

Espera-se chegar à conclusão de que compete a todos os órgãos estatais o dever de aplicar diretamente os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos devidamente internalizados. Essa obrigação inegavelmente também recai sobre os que exercem a função jurisdicional. Desta maneira, todos os juízes incumbidos do exercício da jurisdição convertem-se no âmbito estatal em verdadeiros concretizadores dos direitos humanos, sejam eles advindos do sistema global ou do regional de proteção. Dessa forma, devem servir-se do controle de convencionalidade para afastar as manifestações estatais que estejam em dissintonia com o teor dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como da interpretação a eles conferida pelas Cortes e Tribunais internacionais.

Para fundamentar a resposta apresentada, lições doutrinárias sejam trazidas, tanto de juristas pátrios como estrangeiros, notadamente latino-americanos,

dispositivos da Constituição Federal de 1988 e de tratados internacionais também serão analisados, assim como será feita uma investigação da jurisprudência dos Tribunais domésticos no que tange a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos.

PARTE I

O ESTADO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A proteção aos Direitos Humanos vem sendo motivo de amplas discussões no cenário internacional após as terríveis atrocidades ocorridas durante a 2ª Guerra Mundial, principalmente. Com efeito, os Estados constataram a necessidade de proteger os direitos mínimos inerentes aos indivíduos e que gravitam em torno do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Indo além da criação de um catálogo constitucional de direitos fundamentais, os Estados passaram a participar do sistema jurídico internacional de proteção aos direitos humanos como forma de completar a proteção doméstica, bem como estabeleceram que as normas emanadas do Direito Internacional fossem verdadeiras fontes do direito estatal após a processualística de internalização.

A consagração dos tratados internacionais de direitos humanos como fonte do direito interno e o tratamento constitucional que lhe foi outorgado pelo constituinte de 1988, faz com que a aplicação desses instrumentos pela Jurisdição brasileira torne-se absolutamente necessária.

Dessa forma, com a finalidade de demonstrar que há um inegável dever de aplicação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos pelos órgãos do Poder Judiciário, necessário se faz desenvolver um estudo inicial de como os referidos direitos são protegidos pelo Direito Internacional, para em seguida analisar a obrigação do Estado de proteger os direitos humanos, os princípios constitucionais que regem as relações internacionais, com destaque para a prevalência dos direitos humanos, e, por fim, trazer uma visão dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, no que tange a proteção dos direitos humanos, enfocando da sua processualística a responsabilidade por violação.

Capítulo 1. OS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

A temática dos Direitos Humanos talvez seja um dos pontos de maior destaque na agenda de discussão da sociedade internacional. É inegável a relevância da proteção ao ser humano em nível de ordem jurídica internacional. Desse modo, para que se possam compreender algumas questões que envolvem a aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no âmbito da Jurisdição brasileira, exsurge a necessidade de trazer alguns apontamentos iniciais acerca do que vem a ser o Direito Internacional.

Definido esse importante ramo do Direito, será feito um estudo acerca dos fundamentos de sua obrigatoriedade, seja com base nas doutrinas voluntaristas e objetivistas, com especial enfoque para o princípio do *pacta sunt servanda*, bem como na questão específica da imperatividade das normas internacionais protetivas de Direitos Humanos, por força do seu caráter *jus cogens*.

Vistos os aportes teóricos que fundamentam a força do Direito Internacional, constatar-se-á a importância do mesmo na Contemporaneidade, destacando sua natureza e eficácia, bem como a migração do paradigma da coexistência para o da cooperação, que colocou no mínimo em dúvida postulados e dogmas básicos do Direito Internacional clássico, como o da soberania absoluta¹.

Por fim, sabedor do que é Direito Internacional e de sua inegável importância, desenvolver-se-á a proteção dos Direitos Humanos pela ordem internacional, enaltecendo o processo histórico, a celebração de tratados a nível global e regional, a I Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Teerã de 1968², ou

1 Cf. GARCIA, Emerson. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 48.

2 “A primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968) representou, de certo modo, a gradual passagem da fase legislativa, de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos (a exemplo dos dois Pactos das Nações Unidas de 1966), à fase de implementação

seja, todo o traço evolutivo da internacionalização dos Direitos Humanos. Mas não se esquecerá de que há críticos a citada internacionalização, o que nos obriga a travar um diálogo com tais juristas.

Defendida a referida internacionalização, passa-se ao estudo do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, trazendo seu conceito, suas características, seus fundamentos, sua autonomia e importância para a proteção dos indivíduos, bem como para uma breve análise ao sistema global e aos regionais de proteção aos referidos direitos, destacando o interamericano.

A investigação dos apontamentos iniciais anteriormente mencionados justifica-se em virtude do necessário embasamento teórico exigido para fundamentarmos o dever estatal de proteção dos direitos humanos, principalmente através da concretização de tais direitos pela Jurisdição brasileira.

Seção 1 - O Conceito de Direito Internacional

A expressão Direito Internacional foi cunhada pelo jusfilósofo inglês Jeremy Bentham³, em 1780. Cultor do utilitarismo, Bentham criou alguns neologismos jurídicos, dentre eles o chamado ‘Direito Internacional’, nomenclatura que veio a tornar-se mais usual do que ‘Direito das Gentes’⁴, difundido no séc. XVI, principalmente pela Escola Espanhola⁵.

de tais instrumentos.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI*. Rev. Bras. Polít. Int. n° 40 (1). 1997, p. 167.

3 *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000, p. 10.

4 “Desde su cátedra Vitoria definió el Derecho de Gentes – que para los juristas romanos era el conjunto de normas vigentes entre todos los hombres- como ‘lo que la razón natural estableció entre todas las naciones’, vinculándolo desde entonces al orden jurídico imperante entre los Estados. De tal suerte el Derecho de Gentes dejó de ser el común a todos los hombres para devenir el moderno Derecho Internacional.” TOCCO, Carlos Alberto. *Origen y Evolución del Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Revista Electrónica IUSHISTORIA, n° 3, setembro de 2006, p. 11. Disponível em: www.salvador.edu.ar/juri/reih/index.htm. Acesso em: 07/03/2011.

5 Destacam-se como expoentes dessa escola Francisco de Vitória, Francisco Suarez e Domingo Sorto. Tais autores desenvolveram seus estudos, principalmente, acerca das consequências jurídicas da Era dos Descobrimentos, com destaque para a guerra, os índios e a ocupação dos espaços.

A análise do conceito de Direito Internacional⁶ passa, antes de tudo e necessariamente, pelo estudo do próprio conceito de Estado⁷ e pelo desenvolvimento histórico da sociedade e do Direito.

Estudar o alvorecer, o desenvolvimento, a evolução, a involução e o conceito de Direito Internacional, por mais que seja de forma breve, faz surgir à necessidade de se vislumbrar alguns momentos da história da humanidade.

O Direito Internacional, de certo modo e em caráter embrionário, teve seus primeiros indícios observados nas relações entre as Cidades-Estados gregas, notadamente Atenas e Esparta. Com a ascensão do Império Romano deu-se uma nova etapa no processo de surgimento do referido Direito, principalmente com a eclosão do *ius gentium* (normas de direito romano aplicáveis aos estrangeiros) em contraposição ao *ius civile*.

Findo o período da Antiguidade e com o advento da Idade Média, tem-se um novo salto no afloramento do Direito Internacional com o estabelecimento do ideal universalista através do *ius commune*⁸, base de um utópico ou próspero Direito Internacional unitário.

Com o “Renascimento” houve um fortalecimento das monarquias absolutistas e o surgimento embrionário da concepção moderna de Estados nacionais. Esse período que perdurou até a revolução francesa, foi marcado, notadamente, por várias guerras, muitas delas com motivação religiosa. Diante desse quadro, pode-se

6 Para Celso de Albuquerque Mello, Direito Internacional Público é “o conjunto de normas que regula as relações externas dos atores que compõem a sociedade internacional”. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2004, p. 77.

7 “...muitos têm sido os autores que se preocuparam com o futuro do Estado. Neste campo, duas são as indagações comumente formuladas. Em primeiro, procura-se saber em que sentido o conceito de ‘Estado’ tende a se desenvolver, ou seja, busca-se traçar o perfil do Estado para as próximas décadas, numa tentativa de desvendar as mutações que mais provavelmente experimentará. Mas, numa segunda linha de preocupações, encara-se a possibilidade de o Estado simplesmente não ter futuro algum, ou seja, do surgimento de um mundo sem Estados”. TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88 (Des) estruturando a Justiça. Comentários completos à Emenda Constitucional nº 45/04*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 34.

8 “O *ius commune* consiste num fenômeno de proporções globalizadas que abrange o continente europeu, constantemente interagindo com as ordens jurídicas locais e instalando um ambiente de unidade e uniformidade (universalidade) entre elas, ou seja, ele ultrapassa fronteiras físicas e étnicas e se instala na mundividência medieval, com a instituição do *feudo*, quando terá seu período de ascensão e de decadência”. MASSAÚ, Guilherme Camargo. *Ius Commune (DIREITO COMUM)*. Rio Grande: JURIS, nº 12, p. 95, 2006/2007. Disponível em: <http://www.seer.furg.br/ojs/index.php/juris/article/viewFile/933/379>. Acesso em: 23/03/2011.

afirmar como fatos marcantes na historiografia do Direito Internacional, a Paz de Vestfália e a Reforma Protestante.

Na Contemporaneidade, após o retrocesso do Direito Internacional ocorrido com as “guerras napoleônicas”, ocorreu um aprimoramento no citado Direito, sobretudo com o fortalecimento da Diplomacia, com a pactuação de várias Declarações e Convenções acerca de conflitos armados e com o surgimento das primeiras Organizações Internacionais.

No século XX, alguns fatos dignos de vergonha mundial, mas que certamente influenciaram na mudança de paradigma do Direito Internacional, foram as duas grandes guerras. Inequivocadamente, somente a partir do Pós-Guerra é que a proteção dos indivíduos encontrou maior destaque na política internacional, o que, de certo modo, alavancou o desenvolvimento do Direito Internacional.

Diante do exposto, observa-se que o desenvolvimento das relações internacionais e do próprio Estado através dos séculos sempre levou em consideração a temática dos Direitos Humanos, seja no âmbito de sua proteção ou violação. Com efeito, conhecer o significado do que vem a ser o Direito Internacional torna-se imperioso para compreender a aplicação de sua principal fonte, os tratados internacionais de direitos humanos, pela jurisdição estatal.

§ 1º Por uma breve definição de direito internacional

A necessidade de definirmos o Direito Internacional, antigo Direito das Gentes⁹, mesmo que talvez não se consiga trazer uma definição original, justifica-se pela temática escolhida na presente pesquisa, pois para se abordar a aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição pátria, é imperioso conhecermos um pouco do que vem a ser o Direito Internacional.

9 “Concepto que significa desde el siglo XVI el derecho de los pueblos organizados políticamente, y que antecede al concepto de derecho internacional. I. La expresión significa: 1. Derecho que en la antigua Roma se aplicaba tanto a los ciudadanos como a los extranjeros. 2. Conjunto de normas jurídicas que son observadas por todos los pueblos y que constituyen, por tanto, un derecho supranacional, fundado en la razón o la necesidad. 3. Derecho público. II. El término *ius gentium* es creado en Roma para designar una especie de derecho distinto al *ius civile*.” VILLALOBOS, José Humberto Castro; GURROLA, Claudia Verónica Agromón. *Diccionarios jurídicos temáticos. Derecho internacional público*. v. 7. México: Oxford University Press México, 2003, p. 47.

O Direito Internacional passou por diversas fases e períodos evolutivos ao longo da história, tendo inclusive recebido diversas nomenclaturas¹⁰, como o já citado ‘Direito das Gentes’ (talvez a mais famosa), mas foi a partir do final do século XIX e começo do XX que ele amadureceu como fruto da multiplicação de tratados e com o surgimento de diversas Organizações Internacionais.

Com esse novo paradigma, a noção conceitual do que vem a ser Direito Internacional sofreu algumas alterações. O que antes regravava apenas as relações entre Estados, principalmente questões de guerra e paz, agora tem outros sujeitos envolvidos, como as já citadas Organizações Internacionais e os próprios indivíduos, bem como outras importantes temáticas envolvidas, como a proteção ao ser humano (de forma individual ou coletiva – proteção das minorias), a defesa do meio-ambiente, a ajuda humanitária, dentre outras.

Mazzuoli defende que seria de boa técnica definir o Direito Internacional levando em consideração os três critérios trazidos pela doutrina, ou seja, o dos sujeitos, das matérias e das fontes, pois somente desse modo ter-se-á um bom conceito de Direito Internacional Público. Em sua visão:

[...] o Direito Internacional Público pode ser conceituado como o conjunto de princípios e regras jurídicas (costumeiras e convencionais) que disciplinam e regem a atuação e a conduta da sociedade internacional (formada pelos Estados, pelas organizações internacionais intergovernamentais e também pelos indivíduos), visando alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais¹¹.

Ponto importante que deve ser lembrado no conceito acima exposto é a presença do elemento finalidade no conceito de Direito Internacional. Nota-se que o autor não restringe o conceito apenas com relação aos critérios outrora citados,

10 “El nombre *derecho internacional*, cuya iniciación se atribuye a Jeremías Bentham, há sido adoptado por la generalidad de los juristas: *droit international*, en francés; *international law*, en inglés; *diritto internazionale*, en italiano; *międzynarodowe prawo*, en ruso; *direito internacional*, en portugués, etc. Sin embargo, ocasionalmente, algunos autores usan una nomenclatura distinta: *derecho de gentes*, *law of nations*, *diritto delle genti*, etcétera.” VILLALOBOS, José Humberto Castro; GURROLA, Claudia Verence Agromón. *Ob. cit.*, p. 54.

11 *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 55.

mas sim acrescenta um novo elemento, a finalidade do Direito Internacional, qual seja a de alcançar as metas comuns da humanidade, os interesses ímpares de todos os povos, o que demonstra um caráter democrático do conceito, como a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais, que são bens almejados por toda a sociedade internacional, independente de aspectos políticos, ideológicos, jurídicos ou religiosos.

Outros autores pátrios ainda trazem além do elemento finalidade presente no conceito, o caráter não estanque do Direito Internacional, demonstrando que esse conceito já evoluiu ao longo do tempo, principalmente com o aumento do número de sujeitos, de fontes e de áreas de abrangência, e continuará a evoluir com o desenvolver da sociedade internacional¹².

Verificado o desenvolvimento do Direito Internacional moderno (clássico e contemporâneo) e o seu conceito, constata-se que o referido ramo do Direito adaptou-se aos diversos fenômenos culturais, jurídicos e políticos que ocorreram ao longo de mais de seis séculos, demonstrando ser um ramo importantíssimo da ciência jurídica.

Não há como os Estados desvencilharem-se das novas feições contemporâneas do Direito Internacional. Com efeito, as normas emanadas do sistema internacional não vinculam a atuação dos primeiros sujeitos do Direito Internacional apenas por lhes ser conveniente e oportuno. Muito mais do que isso, os fundamentos da obrigatoriedade dessa disciplina jurídica sedimentaram-se e adquiriram novos contornos evolutivos que levam em consideração, além das relações interestatais, a proteção dos Direitos Humanos.

§ 2º Fundamentos da obrigatoriedade do direito internacional

Definido o que vem a ser Direito Internacional, necessário se faz que sejam abordados os fundamentos de sua obrigatoriedade perante os atores pro-

12 “O Direito Internacional Público é o conjunto de normas e princípios jurídicos, acordados entre os Estados para regular as relações entre si e com terceiros antes, as organizações internacionais por eles criadas, visando coordenar os comportamentos e facilitar a busca de objetivos comuns. Seu amplo campo de ação é cada vez mais importante na regulação da sociedade internacional, com o que se pode entender que suas noções, definição ou conceituação tendem a acompanhar a evolução da disciplina e do meio social em está engajada e à qual lhe cabe ditar as normas de ordenação jurídica”. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 23.

tagonistas das relações internacionais¹³. Desde logo, mesmo antes de adentrar no estudo das doutrinas voluntaristas e objetivistas, manifesta-se a concordância com os que defendem o a tese da imperatividade das normas protetivas dos indivíduos emanadas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sejam elas positivadas ou costumeiras, por força do caráter *jus cogens* de tais normas.

Mas antes de chegar a essa conclusão, insta salientar que encontrar qual o fundamento do Direito Internacional¹⁴ significa desvendar de onde vem a sua legitimidade e sua obrigatoriedade, ou os motivos que justificam e dão causa a essa legitimidade e obrigatoriedade¹⁵. Com efeito, a problemática do fundamento do Direito Internacional é bastante relevante, chegando até mesmo a ser um problema da Filosofia do Direito, na medida em que nos esclarece a razão da existência do dito ramo ou mesmo o seu próprio caráter vinculante¹⁶.

Várias são as teses que buscam responder a indagação de qual o fundamento da obrigatoriedade do Direito Internacional¹⁷. De certo modo, pode-se afirmar que o problema em tela não tem apresentado uma visão estática. Muito pelo contrário, são diversas as posições doutrinárias que se têm proposto encontrar resposta ao questionamento apresentado. Numa primeira classificação, diremos que elas podem ser reconduzidas a dois grandes grupos, conforme buscam ou não na vontade do Estado, ou dos Estados, o fundamento do Direito Internacional.

13 “O Direito Internacional faz parte do universo jurídico e possui o mesmo fundamento e a mesma razão de ser do restante Direito. Apresentando, por certo, características específicas, nem por isso deixa de conter aquilo que de essencial assinala o Direito: a estrutura normativa necessária duma sociedade ou de certo tipo de convivência entre as pessoas humanas, individual ou colectivamente consideradas”. MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 31.

14 “O estudo do fundamento do DIP busca explicar a sua obrigatoriedade. Trata-se do problema mais complexo da matéria, pois a formulação das regras de DIP poderão variar conforme a posição apriorística adotada”. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16.

15 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 89.

16 PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3 ed. Lisboa: Almedina, 2009, p. 57.

17 “A questão do fundamento do Direito Internacional Público tem sido, desde longo tempo, objeto de inúmeros estudos, existindo várias doutrinas que buscam demonstrar o fundamento jurídico de sua obrigatoriedade e eficácia (*v.g.*, a doutrina da autolimitação, do direito estatal externo, dos direitos fundamentais dos Estados, da vontade coletiva dos Estados, do consentimento das nações, a da norma fundamental, da solidariedade social, a da opinião dominante, as jusnaturalistas etc.).” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 89.

E assim temos, por um lado, as doutrinas voluntaristas e, por outro, as doutrinas antivoluntaristas¹⁸ (objetivistas).

Não se trata aqui de uma abordagem que identifique e descreva todas as teorias, mas sim uma visão ampla dos argumentos trazidos por voluntaristas e por objetivistas para justificar a obrigatoriedade do Direito Internacional e a vinculação dos Estados ao cumprimento das normas dele emanadas.

A) A contribuição do Voluntarismo

Mazzuoli leciona que de acordo com a concepção voluntarista (subjetivista), o Direito Internacional é obrigatório porque os Estados, seja de forma expressa ou tácita, assim o desejam e querem. O seu fundamento encontra suporte na vontade coletiva dos Estados ou no consentimento mútuo destes, sem qualquer domínio de vontade individual de qualquer Estado sobre os outros¹⁹. Seguindo esse mesmo pensamento, Pereira e Quadros lecionam que o “voluntarismo consiste, sem dúvida, numa das mais importantes explicações filosóficas para o fundamento de qualquer norma jurídica e, portanto, também do Direito Internacional. No seu âmago mora a ideia de que a existência e a obrigatoriedade do Direito resultam sempre da qualidade da vontade que o cria. É essa vontade que confere valor jurídico à norma. *O Direito obriga porque foi querido*”²⁰.

Para que os doutrinadores acima citados chegassem às conclusões demonstradas, necessariamente tiveram que investigar as principais teorias voluntaristas, assim como seus expoentes. Diante dessa necessidade, vale destacar o pensamento de juristas como Jellinek, Triepel e Kelsen, a fim de que haja uma melhor compreensão da temática em tela.

Um dos cultores da teoria da autolimitação, Jellinek defendia que um Estado soberano não poderia encontrar-se submetido a uma vontade que não fosse a sua própria. Todavia, uma vez que o Estado manifestou-se no sentido de limitar a sua vontade espontaneamente, deveria respeitar o direito decorrente dessa limitação. Com efeito, seguindo este pensamento, o Direito Internacional se fundamentaria na autolimitação do Estado que não poderia ser por ele violada²¹. Esta

18 PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 58.

19 *Curso...*, p. 90.

20 *Ob. cit.*, p. 58.

21 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12 ed. 1 v. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2000, p. 137.

teoria, que contou no Brasil com a adesão de jurista como Clóvis Beviláqua, tem sido bastante criticada em virtude da possibilidade de o Estado de um momento para o outro modificar sua posição²², bem como por levar à negação do Direito Internacional²³.

Divergindo do proposto por Jellinek, mas ainda partindo de concepções voluntaristas, Trieppl afirmou que o Direito Internacional se fundamentaria na vontade coletiva dos Estados²⁴ (*Vereinbarung*).

Por fim, para encerrar exemplos de defensores do voluntarismo, Kelsen, ao menos num primeiro momento, sustentou que o fundamento do Direito Internacional consistia em uma norma fundamental de caráter superior (*Grundnorm*). Todavia, logo o referido jurista desapegou-se desse pensamento e passou a afirmar que o verdadeiro fundamento do Direito Internacional é o princípio do *Pacta Sunt Servanda*. Ao fazer sua própria autocrítica, Kelsen altera novamente o seu entendimento sob a querela e defende que o fundamento do Direito Internacional é o costume constituído pela conduta recíproca dos Estados.

Em suma, para os voluntaristas, o caráter obrigatório do Direito Internacional decorre única e exclusivamente da manifestação de vontade dos próprios Estados. Com efeito, esse pensamento não resta imune a críticas abalizadas²⁵. A primeira delas consiste no fato de que os voluntaristas não explicam como um novo Estado pode estar obrigado por quaisquer das fontes do Direito Internacional de cuja formação ele não participou com o produto da sua vontade. Se o Direito Internacional encontra o seu fundamento de obrigatoriedade na vontade coletiva dos Estados, basta que um deles, de um momento para o outro, se retire da coletividade ou modifique a sua vontade original para que a validade do Direito Internacional fique comprometida, o que ocasionaria grave insegurança às relações internacionais²⁶.

Talvez essa ideia de fundamentar a obrigatoriedade do Direito Internacional na vontade absoluta dos Estados tenha tido bastante relevância ao tempo da

22 ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Ob. cit.*, p. 17.

23 PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 61.

24 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso...*, p. 137.

25 “...as doutrinas voluntaristas [...] são insuficientes para fundamentar o DI ou qualquer outro ramo da ciência jurídica, uma vez que a vontade só produz efeitos quanto preexiste uma norma jurídica lhe atribuindo tais efeitos [...]”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso...*, p. 144.

26 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 90/91.

fase clássica do Direito Internacional Moderno²⁷. Hodiernamente, a tese do voluntarismo jurídico, por si só, não consegue explicar o fundamento do Direito Internacional²⁸, na medida em que é inegável que os tratados internacionais de direitos humanos, principalmente os que veiculam normas de *jus cogens*, impõem limites à atuação do Estado, tanto no âmbito interno quanto no externo, com o objetivo de garantir a proteção as suas normas²⁹.

Em sentido absolutamente contrário, nos séculos XX e XXI prevalecem na doutrina, contudo e apesar da insistência de alguns, as posições *não voluntaristas*, ou seja, as teses que explicam a obrigatoriedade jurídica ou a necessidade de cumprimento das normas de Direito Internacional à margem ou para além da simples e pura vontade estatal³⁰. Com efeito, para os objetivistas a obrigatoriedade do Direito Internacional advém da existência de princípios (metaprincípios) e normas superiores (metanormas) aos do ordenamento jurídico estatal, uma vez que a sobrevivência da sociedade internacional depende de valores superiores que devem ter prevalência sobre as vontades e os interesses domésticos dos Estados³¹.

Com certa margem de segurança, pode-se afirmar que os objetivistas partem das ideias e preceitos jusnaturalistas para explicar o fundamento da obrigatoriedade do Direito Internacional³². Ademais, a proteção internacional dos direitos humanos constitui o principal argumento utilizado pelos defensores da presente doutrina para angariar cada vez mais adeptos³³.

Apesar das doutrinas objetivistas justificarem fenômenos importantes para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, como a relativização da sobe-

27 No Direito Internacional clássico, segundo leciona Jorge Miranda, três fases sucederam-se: inicialmente, tem-se o período anterior à importantíssima Paz de Vestfália (1648); depois, num segundo momento, observa-se a fase que perdurou até a Revolução Francesa, já nas proximidades do final do séc. XVIII; e, por fim, da marcante revolução até a infeliz Primeira Guerra Mundial, tem-se o último subperíodo da etapa clássica do Direito Internacional. *Curso...*, p. 03.

28 Cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 65.

29 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 91.

30 MIRANDA, Jorge. *Curso...*, p. 30.

31 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 91. Nesse sentido, seguindo a presente orientação, Agustín del Valle enuncia que “el hombre en estado de proyecto social da origem a la norma jurídica. Si el jurista no sabe leer en la óptica integral del hombre, no va a ver el Derecho, sino su sombra en la letra de los códigos o de los tratados. *FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL*. México: UNAM, 2001, p. 97.

32 PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 77.

33 Cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 79.

rania, a imperatividade das normas *jus cogens*, a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, dentre outros, ela também recebe algumas críticas, na medida em que mitiga a vontade soberana dos Estados, que também tem o seu papel contributivo na criação das regras do Direito Internacional³⁴.

Diante das críticas elaboradas tanto contra a doutrina voluntarista quanto em desfavor da objetivista, a doutrina pátria posiciona-se no sentido de que o fundamento mais concreto da aceitação generalizada do Direito Internacional Público, dentre as inúmeras doutrinas que procuram explicar a razão de ser desse Direito, emana do entendimento de que o Direito Internacional se baseia em princípios jurídicos alçados a um patamar superior ao da vontade dos Estados, mas sem que se deixe totalmente de lado a vontade desses mesmos em consideração a manifestação de vontade dos Estados. Em verdade, trata-se de uma teoria objetivista temperada ou mesmo considerada *mista*, por também levar em consideração a manifestação de vontade dos Estados³⁵.

Diante do exposto, observa-se a defesa por parte de alguns do princípio *pacta sunt servanda*³⁶, somado aos preceitos jusnaturalistas como verdadeiro fundamento do Direito Internacional Geral. Vale destacar, desde logo, que o referido princípio não consegue fornecer fundamento para a o costume³⁷ e para as obrigações e direitos que se impõem independentemente do consentimento dos Estados³⁸, como é o caso das normas *jus cogens*.

B) A imperatividade das normas de *jus cogens*

As normas *jus cogens* não são tão novas quanto se imagina. Na verdade, atribui-se sua origem não ao Direito Internacional, mas sim ao *ius publicum romano*³⁹. Com o passar do tempo, o próprio Grócio fez referência a tais normas ao

34 MAZZUOLI, Valério de Oliveira *Curso...*, p. 92.

35 *Idem*.

36 O princípio em tela encontra-se positivado na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, nos termos do artigo 26: Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

37 Cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 69.

38 Cf. VALLE, Agustín Basave Fernández del. *Ob. cit.*, p. 100.

39 Cf. ROBLEDO, Antonio Gómez. *EL IUS COGENS INTERNACIONAL. Estudio histórico-crítico*. 2 ed. México: UNAM, 2003, p. 3.

discorrer sobre o *ius strictum*, sendo este decorrente do *ius divinum*⁴⁰. Observa-se que um dos fundadores do Direito Internacional já buscava fundamentar a obrigatoriedade do citado ramo do Direito em preceitos de origem divina, alicerçando os primeiros pilares da doutrina objetivista. Dessa forma, constata-se entre as normas *jus cogens* e as de *ius naturale*, a semelhança de serem superiores e alcançarem o mais alto grau na escala hierárquica, sendo, conseqüentemente, inderrogáveis por todas as convenções particulares em contrário⁴¹.

Partindo do pensamento de Grócio e com base no aperfeiçoamento das ideias postas, alguns autores, mesmo durante o período entre guerras, manifestam-se como defensores do *jus cogens*, na medida em que reconhecem e defendem a existência de normas imperativas no Direito das Gentes⁴². Dessa forma, vê-se que na contemporaneidade do Direito Internacional, ocorre a consagração definitiva do *jus cogens* no ápice da hierarquia das normas⁴³.

Partindo das premissas fixadas pelos autores acima referidos, Jorge Miranda conceitua o *jus cogens* como:

[...] princípios que estão para além da vontade ou do acordo de vontades dos sujeitos de Direito Internacional; que desempenham uma função eminente no confronto de todos os outros princípios e regras; e que têm uma força jurídica própria, com os inerentes efeitos na subsistência de normas e actos contrários⁴⁴.

Com efeito, trata-se de normas imperativas que extraem dos metaprincípios ou das normas preexistentes a própria formação do Estado, seu fundamento de validade, vinculando todos os personagens da cena internacional, limitando/relativizando, inclusive, a própria soberania⁴⁵.

40 PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, 278.

41 Cf. ROBLEDO, Antonio Gómez. *Ob. cit.*, p. 08.

42 *Idem*, p. 55.

43 Cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 277. Este pensamento compartilhado por autores como Oppenheim, Lauterpacht, MacNair, Georg Dahm, Michael Virally, Wilhelm Wengler, Ian Brownlie, Seid-Hohenveldern, Paul Guggenheim, Mía de la Muela, Rolando Quadri e Tunkin.

44 *Curso...*, p. 105.

45 “Los pactos internacionales de derechos humanos, los convênios regionales como son las convenciones europea y americana de derechos humanos, y más recientemente, la Carta de Derechos

Alguns eventos e atos internacionais contribuíram de forma significativa para a relevância do *jus cogens* fosse reconhecida. A própria Carta das Nações Unidas⁴⁶, o Tribunal de Nuremberg⁴⁷, as Convenções de Genebra, a proliferação de tratados internacionais de direitos humanos declarando alguns direitos como inderrogáveis, notadamente a Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴⁸, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴⁹ e a Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁰, pareceres da Corte Internacional de Justiça⁵¹, as Convenções de Viena sobre Direitos dos Tratados e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, comprovam a relevância que as normas imperativas emanadas do Direito Internacional fazem parte de uma realidade que não pode ser jamais desconsiderada por parte do Estado e dos órgãos que o compõe⁵².

A noção de *jus cogens* encontra-se positivada em diversas fontes do Direito Internacional, sobretudo, nos tratados internacionais de direitos humanos, tanto

Fundamentales de la EU, concretizan más bien el mandato soberano del Estado. Desde el punto de los derechos humanos, la soberanía no há estado definida, ni lo está ahora, por el poder ilimitado del Estado. Los derechos humanos mismos dan dirección a los márgenes de acción y a los poderes de actuación de las unidades políticas constituidas a nivel estatal y supraestatal”. KOTZUR, Markus. *La soberanía hoy. Palabras clave para um diálogo europeo-latinoamericano sobre um atributo del Estado constitucional moderno*. In.: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común: Palabras clave para um diálogo europeo-latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2011, p. 114.

46 “En la Carta, pues, encontramos, si no en todos sus preceptos, ciertamente en varios de ellos, normas *iuris cogentis*, como, por ejemplo, la igualdad soberana de los Estados, la libre determinación de los pueblos y la prohibición de la amenaza o del empleo de la fuerza”. ROBLEDO, Antonio Gómez. *Ob. cit.*, p. 83.

47 “Como resposta às atrocidades cometidas pelos nazistas no Holocausto, criou-se, por meio do Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945, o conhecido Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que significou um poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Este Tribunal, criado pelos governos da França, Estados Unidos da América, Grã-Bretanha e da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, surgiu, em reação direta às violências e barbáries do Holocausto, para processar e julgar os grandes criminosos de guerra do Eixo europeu, acusados de colaboração direta para com o regime nazista”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DIREITO BRASILEIRO*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 30/31.

48 Cf. art. 15.

49 Cf. art. 4º.

50 Cf. art. 27.

51 Cf. Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, ICJ Reports 1970.

52 Cf. MIRANDA, Jorge. *Curso...*, p. 107.

de âmbito universal quanto regional⁵³. Com efeito, coube a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 positivar de forma explícita o reconhecimento e importância das normas em tela. O que antes apenas era abordado em sede doutrinária e jurisprudencial, agora se encontra presente em um tratado internacional celebrado e incorporado por vários Estados.

Precisamente em seu art. 53, a CV/69 declara como nulo todo tratado que, no momento de sua conclusão, seja antinômico a uma norma imperativa de Direito Internacional Geral⁵⁴. Dessa forma, há inegavelmente uma limitação/relativização da soberania estatal⁵⁵, já que não se pode dispor da sua própria vontade em contrário a norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo⁵⁶, assim como nenhuma derrogação das normas *jus cogens* é permitida, a não ser por outra norma de mesma natureza⁵⁷.

53 “...certos direitos consagrados nas convenções internacionais universais fazem parte do *jus cogens*, ou seja, das normas imperativas de Direito Internacional geral, que não podem ser derogadas, a não ser por normas de igual valor. É o caso, por exemplo, do direito à vida, do direito a não ser tornado escravo, do direito a não ser torturado, do direito a não ser racialmente discriminado”. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 146.

54 Alguns autores admitem um *jus cogens* regional, conforme leciona Robledo: “...no hay mayor dificultad en admitir la existencia de un *ius cogens* regional o particular si nos restringimos a aquellos organismos internacionales o uniones de Estados que han alcanzado un grado de cohesión muy semejante al del Estado singular, con órganos supranacionales en los tres órdenes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Es el caso, obviamente, de las comunidades europeas (comunidad económica, comunidad del carbón y del acero, Euratom) las cuales han podido estructurarse de este modo por ser miembros igualmente partícipes del más alto grado de civilización y haber entre ellos un cierto equilibrio de poder, lo que permite la constitución de órganos supranacionales que de otra suerte podrían estimarse opresivos. Con respecto a estas comunidades, una vez más, todos admiten que dentro de ellas pueda darse un *ius cogens*, a ejemplo del que se da dentro de cada Estado en particular”. *Ob. cit.*, p. 07. No mesmo sentido: PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 281/282.

55 “El canon normativo típico, que manifiesta la decisión del Estado constitucional a favor de la cooperación internacional, estructura a la soberanía mucho más de lo que la desplaza. La relativización de la soberanía no conduce a decirle adiós, sino a su reinterpretación como garantía estructural”. KOTZUR, Markus. *Ob. cit.*, p. 121.

56 No que respeita ao *ius cogens* geral ou para-universal, não é necessário que ele seja aceite por todos os Estados da Comunidade Internacional como, pelo menos literalmente, parece pretender o art. 53 da CV... PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 282.

57 “[...] el *ius cogens*, en la versión positivista del artículo 53 de la Convención de Viena, puede ser derogado por una norma subsecuente del mismo carácter, y por esto hemos dicho que el derecho natural reemplaza con ventaja al *ius cogens* en la tradición clásica”. Cf. ROBLEDOS, Antonio Gómez. *Ob. cit.*, p. 08.

Por força da citada norma, um tratado que venha a violar norma *jus cogens* não tem qualquer eficácia jurídica no âmbito internacional, devendo, portanto, ser declarado nulo com efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos à data de sua conclusão. Na hipótese de superveniência de uma nova norma imperativa de Direito Internacional Geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se⁵⁸.

Assim como os costumes⁵⁹, as normas imperativas de Direito Internacional Geral, sejam elas positivadas ou não, caracterizam-se pela inderrogabilidade e pelo mais alto nível hierárquico no sistema jurídico internacional. Com efeito, o impulso principal para uma mudança tão drástica na estrutura e funcionamento do sistema jurídico internacional foi fornecido pelo reconhecimento no Direito Internacional das normas *jus cogens*. Afastando a tese da hierarquia das fontes e postulando a da hierarquia das normas com base no conteúdo e nos valores contidos, o *jus cogens* encontra-se no centro do sistema jurídico internacional, na medida em que não pode ser derogado por normas de outra natureza⁶⁰. Desse modo, no que tange a hierarquia das normas *jus cogens* no âmbito do direito estatal, elas encontram-se em nível constitucional⁶¹ ou mesmo supraconstitucional e, assim como as cláusulas pétreas não podem ser abolidas, tais normas não admitem reservas, só podendo ser modificada por uma nova norma de mesma natureza.

Outra importante característica do *jus cogens* é a limitação da soberania estatal. Nesse sentido, Michel Virally leciona que:

[...] la situation qui résulte de l'existence du *jus cogens* présente un caractère exceptionnel dans l'état actuel de

58 Cf. art. 54 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969: Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

59 “Por más que la costumbre, en la vida internacional también, esté perdiendo cada día terreno frente al derecho escrito, más fácil de verificar, más inequívoco, la costumbre internacional conserva todavía su antiguo rango, y en lo que hace al punto que examinamos, es hasta hoy la única fuente absolutamente indiscutible de derecho internacional general. Según lo reconoce uniformemente la doctrina, el derecho internacional consuetudinario obliga no sólo a los Estados que concurren en la formación de sus normas, sino aún a aquellos otros que en lo sucesivo van naciendo a la vida internacional, y la comprobación de este hecho, es por cierto, uno de los argumentos que suelen hacerse valer contra la teoría de la costumbre como pacto tácito”. ROBLEDÓ, Antonio Gómez. *Ob. cit.*, p. 79.

60 Cf. BIANCHI, Andrea. *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*. In.: *The European Journal of International Law* v. 19 n. 3, 2008, p. 494.

61 Cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 306.

développement de la société internationale et des rapports interétatiques. En effet, le *jus cogens* introduit une limitation à l'autonomie de la volonté des Etats, c'est-à-dire à leur liberté contractuelle, considérée traditionnellement comme absolue, parce qu'elle représente un des attributs les plus essentiels de la souveraineté. Sous cet aspect, le *jus cogens* pourrait être considéré comme une atteinte à la souveraineté des Etats⁶².

Diante da lição trazida, parece-nos que resta inegável que as normas *jus cogens* limitam a vontade política dos Estados quando da elaboração e aplicação de normas jurídicas, tanto no plano internacional quanto no interno⁶³, ou seja, a vontade estatal sucumbe tanto no momento de celebrar tratados, quanto na elaboração da legislação interna. Com efeito, se um tratado antinômico as normas *jus cogens* é nulo, uma norma doméstica também deve sofrer as mesmas consequências. Portanto, o *jus cogens* gera uma obrigação negativa para os Estados de não editarem normas ou mesmo proferirem decisões que lhe sejam contrárias.

Pode-se conceber claramente que há um total dever de aplicação e efetiva valoração das normas *jus cogens* por parte da jurisdição estatal, desde a primeira a última instância, de um juízo monocrático ao pleno do Supremo Tribunal Federal. Em caso de descumprimento desse dever, não ocorrerá somente à anulação do ato, uma vez que o Estado também poderá ser responsabilizado internacionalmente pela violação de tais normas⁶⁴.

Discorrendo acerca do dever do Estado de observar as normas *jus cogens*, da responsabilidade internacional pelo descumprimento e da proporcionalidade das sanções por violação a tais normas, Michel Virally afirma que:

[...] la gravité de la sanction découle très directement de l'importance fondamentale que revêtent les normes de *jus cogens* pour la société internationale. Il en résulte, tout à fait logiquement, que les Etats se voient placés

62 *Réflexions sur le «jus cogens»*. In: Annuaire français de droit international, v. 12, 1966, p. 09/10.

63 Cf. SALA, José Blanes. *A POLÍTICA INTERNACIONAL E AS REGRAS DE JUS COGENS*. Revista IMES, Direito, ano VIII, n. 13, jul./dez., 2007, p. 35.

64 Cf. ANDRADE, Isabela Piacentini de. *RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DO JUS COGENS*. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v. 5, n.5, jan./jun.2007, p. 05.

dans l'impossibilité juridique d'échapper à leur application, puisque, s'ils tentent de le faire, leurs actes seront dépourvus d'effets juridiques⁶⁵.

Dessa forma, resta evidente que violar uma norma *jus cogens* é bem mais grave do que se tal fato ocorrer em relação a normas de natureza diversa, o que, nestes termos, acarreta a necessidade de um maior rigor nas sanções aplicadas aos violadores.

Avançando um pouco mais, eis que uma indagação surge: Que normas poderiam ser qualificadas como *jus cogens*? Essa é uma questão que encontra resposta nas normas emanadas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois como dito anteriormente, algumas delas são caracterizadas como *jus cogens*⁶⁶.

Como visto, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 positivou o *jus cogens*, porém, a Comissão de Direito Internacional esteve longe de descrever que normas receberiam essa qualificação. Coube a doutrina e a jurisprudência, como fontes auxiliares do direito, a missão de desvendar que normas seriam consideradas gerais, imperativas e inderrogáveis no sistema jurídico internacional⁶⁷.

Do ponto de vista da doutrina específica sobre o tema, há que reconhecer, inicialmente, que nem todas as normas protetivas de direitos humanos podem receber a qualificação de *jus cogens*. Com efeito, somente aquelas mais fundamentais que gravitam em torno da dignidade da pessoa humana⁶⁸, seja do ponto de vista coletivo ou individual, podem ser reconhecidas como normas imperativas inderrogáveis, intangíveis⁶⁹.

65 VIRALLY, Michel. *Ob. cit.*, p. 18.

66 Para uma análise exemplificativa dos princípios de *jus cogens*, vide as lições de Jorge Miranda. Cf. *Curso...*, p. 112/113.

67 Cf. ROBLEDO, Antonio Gómez. *Ob. cit.*, p. 153.

68 “Conceitos de dignidade não são mais hoje desenvolvidos apenas no interior de uma sociedade, de uma cultura; eles também se orientam e se desenvolvem por meio de intercâmbio com outras culturas, sobretudo sob o signo dos pactos de Direitos Humanos”. HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. Trad. Ingo Sarlet e Pedro Aleixo. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 127.

69 Os direitos intangíveis formam, portanto, o *standard* mínimo de direitos humanos, que constituem uma espécie de patrimônio comum da Humanidade. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 149.

Uma primeira norma reconhecida doutrinariamente como *jus cogens* é o princípio da autodeterminação dos povos. Previsto nos pactos internacionais de direitos humanos e nas Constituições de uma gama enorme de países, ele configura-se como uma *conditio sine qua non* para o exercício de outros direitos⁷⁰, portanto, essa e outras normas fundamentais para o Direito Internacional merecem receber a citada adjetivação⁷¹.

Ainda no âmbito dos pactos internacionais de direitos humanos, para ficarmos com um exemplo, cabe ressaltar que o art. 4º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos prescreve que não se admite nenhuma suspensão ao direito a vida; a proibição de tortura, penas cruéis, desumanas ou degradantes, escravidão, prisão pelo descumprimento de obrigação contratual; a irretroatividade da lei penal em prejuízo do acusado; o reconhecimento da personalidade jurídica e a liberdade de pensamento e religião⁷². Dessa forma, todos esses preceitos são absolutamente inderrogáveis e qualificados como normas gerais e imperativas do Direito Internacional⁷³.

Apesar da notoriedade da fundamentalidade das normas acima referidas, alguns autores como Charles Rousseau, Dionisio Anzilotti, von Liszt e Georg

70 Cf. ROBLEDO, Antonio Gómez. *Ob. cit.*, p. 168.

71 “[...] ao menos, *pacta sunt servanda*, é norma fundamental, logicamente necessária ao direito internacional, pois permite a existência de uma de suas fontes que é o tratado internacional. Outras são normas que, se não são logicamente necessárias, são fundamentais porque dão ao direito internacional os seus contornos e suas características essenciais: a partir da norma que diz serem os Estados soberanos e iguais, passando pela determinação de que a soberania inclui aquela sobre os recursos naturais e pela previsão de que os povos têm o direito de autodeterminação e de se transformarem em Estados soberanos, chegando à norma que proscreve o uso da força nas relações entre os Estados. Outras ainda são aquelas proibições de atos tidos como crimes que interessa à comunidade internacional inteira coibir: a pirataria, o comércio de seres humanos, o genocídio e os outros crimes contra a humanidade. Finalmente é possível identificar uma outra categoria de normas que se pretende alçar ao *status* de *jus cogens*: são aquelas (todas ou algumas, não se sabe ao certo) inseridas em regimes internacionais, como o do direito humanitário, dos direitos humanos e do direito do meio ambiente”. NASSER, Salem Hikmat. *JUS COGENS. AINDA ESSE DESCONHECIDO*. Revista DIREITOGV. V. 1 N. 2 JUN-DEZ: Fundação Getúlio Vargas: 2005, p. 165/166.

72 Cf. ROBLEDO, Antonio Gómez. *Ob. cit.*, p. 169.

73 “„deve entender-se que já pertencem ao *jus cogens* pelo menos os mais importantes dos direitos e das liberdades consagrados naquela Declaração e nos Pactos de 1966 e que não façam parte do Direito consuetudinário geral, como é o caso dos direitos à vida, à propriedade privada, à liberdade, à constituição de família, e das liberdades de expressão do pensamento, de reunião, de associação, a liberdade de circulação, e alguns outros”. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 284. No mesmo sentido: MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 131.

Schwarzenberger são negadores do *jus cogens*. As ideias por eles defendidas, ao ignorar a imperatividade, a inderrogabilidade e o metavalor das citadas normas, são incoerentes com os novos valores da sociedade internacional na era pós-ONU⁷⁴.

Dessa vez em investigação as referências jurisprudenciais ao *jus cogens*, encontramos o seu reconhecimento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, precisamente no Caso Aloeboetoe, bem como na Opinião Consultiva nº 18/03, em que há o reconhecimento do caráter *jus cogens* aos princípios da não discriminação e igualdade⁷⁵.

Diante do que fora trazido até o presente momento, nos parece que o Estado encontra-se em uma encruzilhada. Como bem adverte Cançado Trindade:

States are nowadays faced with a dilemma which should have been overcome a long time ago: either they return to the old voluntarist conception of International Law, abandoning the hope in the primacy of Law over power politics, or they retake and realize the ideal of construction of a more cohesive and institutionalized international community in the light of the imperatives of the rule of law and the realization of justice, moving resolutely from *jus dispositivum* to *jus cogens*⁷⁶.

Esperamos que não haja um retrocesso com o retorno ao puro voluntarismo como fundamento da obrigatoriedade do Direito Internacional⁷⁷. Muito pelo contrário, nossos votos são para o fortalecimento das normas *jus cogens* e da cada vez maior vinculação dos Estados ao seu cumprimento⁷⁸.

74 Cf. MARRÓN, José Luis Vallarta. *LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN TORNO AL IUS COGENS INTERNACIONAL*. In.: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, v. X, 2010, p. 46.

75 Cf. REMÓN, Florabel Quispe. *IUS COGENS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: SU RELACIÓN CON EL DEBIDO PROCESO*. Revista de Derecho, N.º 34, Barranquilla: Universidad del Norte, 2010, p. 59-63.

76 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *JUS COGEN - THE DETERMINATION AND THE GRADUAL EXPANSION OF ITS MATERIAL CONTENT*. In.: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. v. 9, n. 9. Fortaleza: 2009, p. 39.

77 “As crescentes tendências institucionalizadoras – e, antes de mais, o *jus cogens* – só por si demonstram a incapacidade de uma fundamentação voluntarista do Direito Internacional”. MIRANDA, Jorge. *Curso...*, p. 32.

78 “En esta medida, el reconocimiento de los valores fundamentales del derecho internacional se que

Seção 2 – O Direito Internacional Contemporâneo e a Proteção dos Direitos Humanos

Não é de hoje que é possível observar um alargamento das relações internacionais. Relações não somente entre os primeiros sujeitos do Direito Internacional, mas sim entre os novos, como as Organizações Internacionais e os próprios indivíduos.

O fenômeno da mundialização vem se desenvolvendo a largos passos, principalmente devido a fatores como a revolução dos meios de comunicação, ao grande relevo do comércio internacional, sobretudo o realizado através da internet, ao consenso da necessidade de proteção dos Direitos Humanos por todos os Estados, bem como da essencial, por que não dizer vital, preservação do meio ambiente em nível global.

Com a crescente das citadas relações, ocorreu uma necessária expansão do Direito Internacional, justamente no intuito de regrear e harmonizar interesses muitas vezes antagônicos. Em virtude do surgimento desses novos interesses na sociedade pós-moderna, surgiram diversos questionamentos acerca dos paradigmas do Direito Internacional e de sua capacidade de regular os anseios da sociedade internacional em formação⁷⁹.

dó siempre en las inmediaciones de determinados principios básicos, que la ideología de la iluminación (especialmente en lo concerniente a la protección del individuo) le exigía a todo orden legal positivo. Sin embargo, los recientes desarrollos legales se remontan a un canon de valores que sirve de presupuesto al derecho internacional. Esto es válido para los estándares imperativos en materia de derechos humanos (no para los dispositivos contenidos en los tratados), así como para los nacientes requisitos que debe llenar la estructura interna de um Estado (como un mínimo de elementos democráticos)". HERDEGEN, Matthias. *DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*. México: UNAM, 2005, p. 27.

79 "Por otra parte, el desarrollo de las comunicaciones, la creciente interdependencia entre Estados y los avances tecnológicos han propuesto nuevos ámbitos materiales de regulación y cooperación internacional. Se extiende así el contenido normativo del orden jurídico internacional. Nacen normas reguladoras de la cooperación y el desarrollo internacional en el campo económico y social; se contempla la reglamentación del espacio ultraterrestre y de los fondos marinos como espacios sustraídos a las soberanías estatales. Problemas tales como el de la contaminación ambiental, la utilización de la energía nuclear, el de la integración física y económica regional, etc., aparecen como novísimas materias consideradas por un dinámico y evolutivo derecho internacional contemporáneo. La preocupación por el hombre lleva a la jerarquización de sus derechos y libertades fundamentales a través de normas internacionales que tienden a su reconocimiento y protección". MONCAYO, Guilherme R. *et al. Ob. cit.*, p. 17.

Diante dessa nova teia de relações, paradigmas foram quebrados e o Direito Internacional transmutou-se da coexistência à cooperação estatal, principalmente no que tange a proteção dos Direitos Humanos, conforme será mais bem detalhado nas linhas vindouras.

§ 1º Da coexistência à cooperação estatal na proteção dos direitos humanos

Com a crescente do Direito Internacional, inúmeros conflitos teóricos e práticos colocaram em dúvida o caráter vinculante das normas emanadas do citado Direito. O Direito Internacional da coexistência entre Estados soberanos, nascido com a Paz de Vestfália, pautado na soberania absoluta, na igualdade jurídica entre os Estados, na territorialidade, na não intervenção e, principalmente, em obrigações negativas, foi fundamentado em doutrinas voluntaristas, seja da Autolimitação de Jellinek, seja da Vontade Comum de Triepel, em detrimento das teorias jusnaturalistas, com seus conjuntos de princípios naturais. Pode-se dizer que o dogma da soberania absoluta foi um dos pilares da teoria voluntarista que predominou por muitos séculos e que encontra defensores até os dias atuais.

O cenário está sofrendo mutação. As chamadas normas de coexistência entraram em crise a partir do momento em que o citado pilar ameaçou ruir. Após a 2ª Guerra Mundial, sob a influência de ideias de cooperação na busca da satisfação dos valores e interesses comuns da humanidade, surgiram novos atores no cenário internacional, bem como novas temáticas passaram a ser incluídas na pauta do Direito Internacional.

Pela primeira vez o debate se robusteceu acerca da existência de outros elementos na base do Direito Internacional. O voluntarismo estatal perdeu a exclusividade como fundamento do Direito Internacional, pois, atualmente, o citado ramo do Direito passou a ter outras funções além das tradicionais, como organizar a política mundial, reger a cooperação entre os diversos sujeitos da sociedade internacional e estabelecer obediência aos postulados universais que harmonizam a vida numa sociedade global.

Observa-se que dois postulados são unidos para satisfazer os interesses comuns observados no cenário internacional. O respeito à vontade dos Estados através da busca do consenso soma-se a valores ético-universais externos ao sistema,

a fim de que se possa alcançar o ideal de justiça⁸⁰. Dessa forma, o consenso manifestado através da vontade política, somado a proteção de valores de dimensão axiológica pautados em ideias jusracionalistas, bem como ao pilar juspositivo da segurança jurídica, formam a nova base do Direito Internacional contemporâneo.

Vislumbra-se tal fenômeno com a limitação ao uso da força, a proteção aos Direitos Humanos, a supranacionalidade da União Europeia, o fortalecimento da sociedade civil internacional e o surgimento/reconhecimento de normas *jus cogens*⁸¹ pela Convenção de Viena de Direito dos Tratados de 1969 e pelos Tribunais e Cortes internacionais.

Apesar do Direito Internacional atuar em uma ordem descentralizada⁸², na maioria das vezes e nos diversos momentos da nossa história, os Estados costumam respeitar o Direito Internacional. Se há exemplos em que os Estados não cumprem o que foi pactuado em tratados internacionais, tais casos, nem de longe, mesmo guardadas as devidas proporções, superam as hipóteses em que contratos são descumpridos na ordem interna ou que o próprio Estado desobedece às leis de sua própria autoria.

A importância do Direito Internacional na Contemporaneidade não se manifesta apenas na descoberta de novos paradigmas, de novos sujeitos ou de novas áreas de atuação. Se isso vem sendo possível ao longo do tempo, muito se deve aos Cientistas e Professores da disciplina, aqueles que levam aos bancos das Universidades os grandes debates em torno das virtudes e defeitos do Direito Internacional. Não há dúvidas de que a pesquisa e o ensino do Direito Internacional, seja em nível

80 Conforme leciona Liliana Jubilut em suas palavras: “Os fundamentos do Direito Internacional contemporâneo seriam, assim, o consenso sobre a necessidade de segurança (jurídica) para a consecução dos objetivos e proteção dos valores compartilhados pela sociedade internacional”. *Os Fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo: da Coexistência aos Valores Compartilhados*. V Anuário Brasileiro de Direito Internacional. v. 2. n. 9, julho de 2010, p. 209.

81 “A existência de *jus cogens* denota, assim, a existência de valores e interesses compartilhados internacionalmente, o que permite que se defenda a existência de uma sociedade internacional em construção quanto um fundamento de Direito Internacional baseado em critérios axiológicos...” JUBILUT, Liliana Lyra. *Ob. cit.*, p. 213.

82 “O sistema internacional é, portanto, descentralizado e cada unidade do sistema (o Estado) representa um centro de decisão autônomo e soberano. É com base nesses atributos que historicamente o direito internacional se desenvolveu e muitas de suas alegadas deficiências ou peculiaridades são reflexo do estado de desenvolvimento do sistema internacional.” LOBO DE SOUZA, Ielbo Marcus. *A natureza e eficácia do direito internacional*. Revista de Informação Legislativa, BRASÍLIA-DF, n. 141, p. 217-227, 1999, p. 218.

de graduação ou de pós-graduação, vêm contribuindo de forma significativa para os avanços da disciplina.

Indiscutivelmente, o Direito Internacional é uma importantíssima ferramenta para a proteção dos direitos humanos, principalmente por parte dos órgãos estatais incumbidos do exercício da jurisdição, e para o desenvolvimento e o intercâmbio entre os povos e as nações.

Com efeito, o novo Direito Internacional que se concebe não é voltado apenas para satisfazer aos interesses estatais, mais sim aos dos povos e indivíduos. O ser humano passa a ocupar a posição central que lhe assegura como sujeito de direito tanto interno como externo, em virtude do processo de humanização do Direito Internacional, a qual passa a ocupar-se mais diretamente da identificação e realização dos valores e metas comuns superiores. A titularidade jurídica internacional do ser humano é hoje uma plausível realidade, cabendo agora consolidar sua plena capacidade jurídica processual no plano internacional e no doméstico, pois somente dessa forma poderá se consolidar o indivíduo não como objeto, mas sim como sujeito último do Direito⁸³.

Somente com reconhecimento da importância do Direito Internacional Público para toda a sociedade, seja interna, regional ou global, é que haverá uma necessária aplicação desse ramo do Direito. Esse é o grande desafio para os que se dedicam ao exercício da jurisdição. Levar a toda a sociedade o conhecimento e a aplicação das tão relevantes normas emanadas do Direito Internacional. Se todo Magistrado conhecesse a normatividade internacional, com certeza poderiam aumentar a efetividade dos Direitos Humanos no plano interno, seja fundamentando suas decisões em tais normas, seja buscando a responsabilização do Estado pelo descumprimento das mesmas. Com efeito, por força do princípio da exaustão dos meios judiciais internos, os Tribunais domésticos são os primeiros a ser chamados a aplicar o Direito Internacional dos Direitos Humanos⁸⁴.

Com o reconhecimento dos novos contornos da sociedade globalizada aqui retratados, observa-se que o Direito Internacional encontra-se em grande evidência⁸⁵. As controvérsias jurídicas encontram-se cada vez mais complexas, princi-

83 Cf. CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 142.

84 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 143.

85 "...el desarrollo del derecho internacional es una historia de progreso en la cual el derecho tradicional, elaborado por conductos diplomáticos y basado en la reciprocidad, no se opone a formas más modernas de creación normativa en las que intervienen otros actores, y en donde los intereses comu-

palmente quando rompem as fronteiras estatais, ocasionando uma busca de soluções não mais somente no âmbito interno (direito estatal), mas também na ordem jurídica internacional. Daí a expansão da zona de influência do Direito Internacional, que não mais aborda questões envolvendo somente Estados, que não mais restringe sua aplicação à órbita interestatal, mas sim que internaliza seus princípios e regras, pautadas em postulados com caráter ético-universais⁸⁶.

Diante de todos os argumentos trazidos, em que se constata a inegável importância do Direito Internacional na era da globalização, torna-se necessário analisar o fenômeno da internacionalização dos Direitos Humanos, bem como o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

§ 2º O surgimento do direito internacional dos direitos humanos

A internacionalização do Direito⁸⁷ não é um fenômeno exclusivo dos Direitos Humanos. Com o desenvolver das relações internacionais, muitos outros Direitos, anteriormente reservados ao domínio do Estado, passaram a ser regrados

nitarios juegan un papel destacado. Por supuesto que en ocasiones se presenta la necesidad de fusionar viejas y nuevas concepciones del derecho internacional, como en el caso de los derechos humanos y la inmunidad del Estado.” NOLTE, Georg. *SOBRE CRISIS Y CRECIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN SESENTA AÑOS DE NACIONES UNIDAS*. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. VII, 2007, p. 247.

86 “No creo que el derecho internacional sea invocado con frecuencia por la sofisticación de sus reglas o instituciones. Esas reglas e instituciones están tan sujetas a críticas como cualquier outro conjunto de reglas e instituciones. El hecho de que sean “internacionales” no es prueba de su valor moral. Pero la tradición del derecho internacional ha actuado generalmente como ensajera de lo que tal vez es mejor descrito como la idea regulatoria de comunidad universal, independiente de intereses o deseos particulares. Este es el proyecto cosmopolita de Kant entendido de manera correcta: no un proyecto de terminar con el Estado o el programa de un partido, sino un proyecto de razón crítica, que mide el estado actual de las cosas desde la perspectiva de un ideal de universalidad que no puede ser reformulado em una institución, una regla o una técnica sin llegar a destruirlo. El destino del derecho internacional no se trata de re-emplear a un limitado número de profesionales para tareas más efectivas em términos de relación costo beneficio; se trata de restablecer la fe en la especie humana”. KOSKENNIEMI, Martti. *El Destino del Derecho Internacional Público: Entre la Técnica y la Política*. Trad. René Urueña y Sergio Anzola. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 24. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES - FACULTAD DE DERECHO, Marzo de 2010, p. 31.

87 “A internacionalização das relações políticas e econômicas e o desenvolvimento dos princípios de direito internacional público levaram à valorização do tema dos direitos humanos também na esfera das relações entre os Estados, entre as nações e entre grupos e indivíduos na ordem internacional.” DORNELLES, João Ricardo. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano IV, n. 4 e Ano V, n. 5, 2003 – 2004, p. 178.

no âmbito internacional. Pode-se citar como exemplo a internacionalização da economia, que culminou com a celebração de inúmeros Tratados Internacionais de Direito Econômico, com a criação de vários blocos econômicos e Organizações Internacionais.

Deixando a economia um pouco de lado, observa-se que o estudo da internacionalização da proteção do ser humano e do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos passa, antes de tudo, pela análise de um processo histórico de conquistas da sociedade com relação a presente temática.

Historicamente, observa-se que não é de hoje que a proteção do ser humano rompe as fronteiras do constitucionalismo estatal⁸⁸ para o internacional⁸⁹. Antes da 2ª Guerra Mundial já se constatava a existência de instrumentos e organizações incumbidas de promover a citada proteção. Dessa forma, os passos iniciais que foram dados no início do séc. XX demonstraram que os personagens do cenário internacional reconheciam a insuficiência da ordem estatal para proteção dos Direitos Humanos.

Inegavelmente, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos Direitos Humanos⁹⁰. Com isso, pode-se afirmar que o descrito sub-ramo do Direito Internacional e as citadas Organizações Internacionais foram os precedentes históricos mais concretos do atual sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos⁹¹.

O Direito Humanitário, criado no século XIX, é aquele aplicável no caso de conflitos armados (guerras), cuja função é estabelecer limites à atuação do Estado, com vistas a assegurar a observância e cumprimento dos Direitos Humanos⁹². Dessa forma, cabe à proteção humanitária proteger militares postos fora de combate e populações civis em geral, devendo os seus princípios ser hoje aplicados quer às guerras internacionais, quer às guerras civis ou a quaisquer outros conflitos arma-

88 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 758.

89 “Em relação aos direitos humanos, a velha objeção da ‘competência nacional exclusiva’ passava a afigurar-se definitivamente como uma relíquia do passado”. CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. I. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 73.

90 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 113.

91 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 757.

92 *Idem*.

dos⁹³. Segundo aponta Piovesan, “o Direito Humanitário foi a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado⁹⁴.”

Mais os limites à liberdade e à autonomia dos Estados não foram trazidos apenas pelo Direito Humanitário. Um passo a mais foi dado para a construção da tese da relativização da soberania⁹⁵ dos Estados com a criação, após a Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918), da Liga ou Sociedade das Nações, cuja finalidade era a de promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e independência política de seus membros⁹⁶. Como efeito concreto da limitação do Poder do Estado, a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações. Redefinia-se, desse modo, a noção de soberania absoluta do Estado, que passava a incorporar em seu conceito compromissos e obrigações de alcance internacional no que diz respeito aos Direitos Humanos⁹⁷.

Mesmo diante da inegável contribuição do Direito Humanitário e da Liga das Nações, o antecedente que mais contribuiu para a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi, entretanto, a criação por parte da sociedade internacional da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁹⁸. A outrora denominada *International Labour Office* foi criada após a 1ª Guerra Mundial com a finalidade de incentivar o respeito às condições de trabalho indispensáveis ao bem-estar dos trabalhadores. A OIT, criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, parte da premissa de que as melhorias na qualidade de trabalho resultam numa maior promoção ao postulado da dignidade da pessoa humana⁹⁹. Desse modo, a OIT pre-

93 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 758.

94 *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 114.

95 “[...] a noção de soberania não é absoluta, mas sim um conceito jurídico indeterminado e que varia de acordo com a época histórica”. MELLO, Celso Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In.: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

96 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 758.

97 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 115.

98 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 758.

99 “A criação da Organização Internacional do Trabalho, prevista na parte XIII do Tratado de Versalhes, também demonstra o anseio da sociedade internacional em ver respeitados determinados direitos sociais do trabalhador, o que seria alcançado com a instituição de uma representação que albergasse todos os interesses envolvidos (empregados, empregadores e representantes do Estado), com a busca

tende não só melhorar as condições de trabalho, mas também a vida humana como um todo. Nesse sentido, a entidade visa tanto aprimorar as condições materiais de existência como também defender valores imateriais, como a liberdade sindical. Além disso, procura proteger não só os trabalhadores, mas todos os seres humanos em suas relações com o universo laboral¹⁰⁰.

Como se pode observar dos precedentes históricos, as primeiras premissas da internacionalização dos Direitos Humanos colocaram em crise a ideia de soberania absoluta dos Estados, na medida em que deslocaram, mudaram o eixo de proteção do indivíduo, da outrora exclusividade estatal para o novo *ethos* internacional.

Nesse momento, houve um rompimento com a ideia de que o indivíduo seria objeto e não sujeito do Direito Internacional, pois lhes foram concedidos instrumentos processuais para tutelar os direitos reconhecidos e protegidos internacionalmente, ainda que de forma não tão apurada e eficaz.

Com o advento da 2ª Guerra Mundial, pode-se afirmar que as poucas conquistas em prol da proteção dos indivíduos foram esmagadas pelas atrocidades do holocausto. A trágica morte de milhões de seres humanos foi o estopim para que a sociedade internacional abrisse os olhos para a necessidade de promover a elaboração de normas internacionais de proteção aos indivíduos, independentemente de suas nacionalidades, para que agruras como as da 2ª Guerra Mundial nunca mais voltem a acontecer¹⁰¹.

Aprendendo com a própria omissão, a sociedade internacional passou a considerar a questão dos Direitos Humanos como um dos temas primordiais da atualidade. Com isso, o desenvolvimento do Direito Internacional Público no século XX, notadamente após o fim da 2ª Guerra Mundial, teve como consequência

constante da melhoria das condições de trabalho, que não deve ser considerado uma mercadoria, e com a possibilidade de serem recebidas reclamações das organizações profissionais quanto ao descumprimento das obrigações assumidas pelos Estados”. GARCIA, Emerson. *Ob. cit.*, p. 22.

100 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 381.

101 “O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos, portanto, consistiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção desses direitos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta jamais viessem a novamente ocorrer no planeta. Viram-se os Estados obrigados a construir toda uma normatividade internacional eficaz em que o respeito aos direitos humanos encontrasse efetiva proteção”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 760.

a crescente internacionalização dos direitos fundamentais, que são designados, em âmbito internacional, com a já utilizada expressão ‘Direitos Humanos’¹⁰².

A preocupação internacional que gerou a internacionalização do tema dos Direitos Humanos possui fundamentos distintos daqueles que motivaram a internacionalização de outros temas, como por exemplo, o meio-ambiente, pois a partir da 2ª Guerra Mundial, as normas de Direito Internacional assimilaram a proteção de direitos do homem como princípio geral do Direito. Portanto, a internacionalização intensiva da proteção dos Direitos Humanos, explica-se também por servir para o estabelecimento de diálogo entre os povos, diálogo revestido de legitimidade pelo seu conteúdo ético, vez que os próprios Estados aderem a instrumentos jurídicos internacionais de proteção de Direitos Humanos e participam de organizações com competência de averiguação de suas próprias políticas internas na busca da legitimidade trazida por esses órgãos¹⁰³.

Reconhecida a necessidade de normatizar e tutelar no âmbito internacional os Direitos Humanos, a sociedade internacional passou a travar diálogos para criar uma Organização Internacional que efetivamente protegesse os indivíduos da violação de seus direitos básicos pelos próprios Estados.

Surge, então, da vontade dos Estados, a Organização das Nações Unidas (ONU), com um sistema global de proteção dos Direitos Humanos. Mesmo sem adentrar nas particularidades do sistema global de proteção aos indivíduos, necessário se faz trazermos à baila a constatação de que o primeiro instrumento internacional que demonstrou uma tentativa séria de internacionalização e universalização dos Direitos Humanos foi a Carta das Nações Unidas¹⁰⁴.

Com o surgimento da ONU, em 1945, e a consequente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a dar ensejo à elaboração de inúmeros tratados internacionais com finalidade de proteger os direitos essenciais dos indivíduos. Trata-se de uma época considerada como verdadeiro marco divisor do processo de internacionalização dos Direitos Humanos¹⁰⁵. Ana Maria Guerra Martins

102 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 35.

103 RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do direito internacional*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 30/32.

104 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 82.

105 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 760.

considera que a primeira fase da proteção internacional do ser humano decorre de 1945 a 1948 e representa o culminar do processo que se iniciou com a citada Carta¹⁰⁶.

Não se pode esquecer, como bem adverte Piovesan, que o Tribunal de Nuremberg, em 1945/1946, também contribuiu de forma significativa para o movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, na medida em que trouxe o enaltecimento do caráter *erga omnes* do costume internacional, a ideia de limitação da soberania e, talvez a maior contribuição, o reconhecimento da qualidade dos indivíduos como sujeitos do Direito Internacional¹⁰⁷.

O movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, já descrito, contribuiu decisivamente para o aumento da normatividade internacional de proteção do ser humano. Tal característica encontra-se presente na segunda etapa do processo evolutivo da proteção internacional dos indivíduos¹⁰⁸.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi dotada de uma marcante característica, o seu antropocentrismo, ou seja, ela era voltada para a proteção dos indivíduos. Já os pactos que a sucederam, conforme acima citado, foram notadamente caracterizados pela proteção coletiva.

O *International Bill of Human Rights*, formado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, soma-se aos instrumentos de proteção regional, oriundos dos sistemas europeu, americano e africano¹⁰⁹.

Emanado do Direito Internacional, esse novo *corpus juris* adquire autonomia, na medida em que regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias¹¹⁰. Baseado ora em normas consue-

106 *Ob. cit.*, p. 101.

107 *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 122 - 126.

108 “A segunda fase da protecção internacional dos direitos humanos inicia-se em 1948 e culmina em 1966, com a adopção dos dois Pactos das Nações Unidas de Direitos Humanos. Estes Pactos – o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos – foram aprovados pela resolução 2200 (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de Dezembro de 1966, e só viriam a entrar em vigor em 3 de janeiro de 1976 e em 23 de março de 1976, respectivamente, pois necessitavam ambos de 35 ratificações”. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 101.

109 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 761.

110 CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Ob. cit.*, p. 49.

tudinárias, ora convencionais, o que se pretende pela sedimentação e plena vigência deste novo e vasto *corpus juris* de proteção, é, em última análise, contribuir no âmbito da ciência jurídica contemporânea à construção de uma cultura universal de observância dos Direitos Humanos¹¹¹.

A expressão *corpus juris* de proteção dos Direitos Humanos, acima citada, foi oriunda de uma manifestação consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹¹².

Diante do exposto, vê-se que o incremento da proteção internacional dos indivíduos consagra-se na existência de uma normatividade internacional sobre os Direitos Humanos através de uma dupla lógica: a lógica da supremacia do indivíduo, como ideal do Direito Internacional e a lógica realista, da busca da convivência e cooperação pacífica entre os povos, capaz de ser encontrada através do diálogo na proteção de Direitos Humanos¹¹³. Indo um pouco mais além, podemos fazer referência a uma lógica coletiva, em que direitos dessa índole são protegidos pelo Direito Internacional.

Caracterizadas a primeira fase com o surgimento da ONU e a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e a segunda com celebração dos famosos Pactos citados, chega-se a uma breve análise da terceira fase de proteção internacional dos Direitos Humanos, que, segundo Ana Maria Guerra Martins “abrange o período de 1967 a 1989 e foi marcada por um acontecimento político importante, a Conferência Internacional dos Direitos do Homem, de 22 de Abril a 13 de Maio de 1968 – que teve lugar em Teerão”¹¹⁴.

Discorre a citada autora acerca da I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, onde se discutiu, conforme adverte Cançado Trindade, a gradual passagem da fase legislativa à fase de implementação do Direito Inter-

111 CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Ob. cit.*, p. 50.

112 “La expresión “*corpus juris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte Interamericana a la doctrina internacional. En su Opinión Consultiva OC-16/1999, la Corte Interamericana manifestó que “El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)” (párr. 115)”. O’DONNELL, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 57.

113 RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 33.

114 *Ob. cit.*, p. 102.

nacional dos Direitos Humanos¹¹⁵. A citada Conferência teve grande importância no processo evolutivo da proteção internacional dos Direitos Humanos, vez que preceitos como a universalidade e indivisibilidade dos Direitos Humanos¹¹⁶ foram novamente defendidos em posteriores Resoluções da Assembleia Geral da ONU¹¹⁷.

A quarta fase do processo evolutivo em análise é caracterizada não mais pelo conflito Leste/Oeste, como ocorrera durante o período da guerra fria, mas sim pela acumulação de problemas não resolvidos entre o Norte e o Sul¹¹⁸, principalmente os de ordem econômica. Ainda há, ao nosso entender, outra característica da atual fase de desenvolvimento da proteção dos Direitos Humanos, a busca pela paz e pela democratização dos Estados.

Apesar de reconhecerem a existência do fenômeno da internacionalização dos Direitos Humanos e o consequente fortalecimento do Direito Internacional, parte da doutrina elabora fortes críticas a evolução da proteção internacional dos Direitos Humanos. Inicialmente, alegam que essa evolução não afeta substancialmente a primazia dos Estados nacionais, que continuam dispondo de um poder de coerção invencível no interior do respectivo país. Dessa forma, o Estado permanece a principal força protetora dos Direitos Humanos, que encontram respaldo constitucional positivo, transformando-se em direitos fundamentais, ou seja, normas jurídicas supremas dentro do Estado que vinculam todas as autoridades constituídas¹¹⁹. Vê-se que esse entendimento baseia a primeira crítica a internacionalização dos Direitos Humanos na tradicional e questionável noção de soberania absoluta.

Um segundo argumento trazido pela doutrina consiste na afirmação de que os casos de indivíduos que pedem a proteção de autoridades internacionais invocando normas de Direito Internacional são estatisticamente limitados (apesar de sua relevância política) se forem comparados com a massa de conflitos decididos

115 *Ob. cit.*, p. 77.

116 “A situação dos direitos humanos é realmente precária inclusive porque os estados continuam a dividirem os direitos humanos em civis e políticos e, do outro lado, os direitos econômicos, sociais e culturais. A posição da ONU de que eles são indivisíveis é adotada apenas pelos internacionalistas e abandonada ou esquecida pelos constitucionalistas”. MELLO, Celso Albuquerque. *Ob. cit.*, p. 7.

117 “Reconhece-se hoje que a grande contribuição da Conferência de Teerã tenha consistido no tratamento e reavaliação *globais* da matéria, o que propiciou o reconhecimento e asserção, endossados por resoluções subsequentes da Assembleia Geral das Nações Unidas, da interrelação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos.” CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Ob. cit.*, p. 78.

118 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 103.

119 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Ob. cit.*, p. 36.

em âmbito interno¹²⁰. Realmente o número de querelas decididas internamente é bastante elevado em face das que chegam as Cortes e Tribunais internacionais. Alguns autores só têm que lembrar que o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos funciona em caráter complementar ao interno, ou seja, para que um indivíduo possa buscar a tutela dos órgãos da jurisdição internacional, necessário se faz que ele esgote primeiro as instâncias internas. Com isso, quanto mais efetivo for o Estado na proteção dos Direitos Humanos, na aplicação dos tratados e na solução de conflitos pela jurisdição interna, menor será o número de casos levados à jurisdição internacional, seja ela global ou regional¹²¹.

Como terceiro argumento levantado, constata-se o fenômeno da duplicação. Defendem alguns autores que praticamente todos os Direitos Humanos garantidos em âmbito internacional são reconhecidos pelo direito interno de forma mais completa, com menos reservas legais e dotados de maiores garantias. Basta comparar as normas internacionais e o direito brasileiro para perceber que esse último é muito completo, sendo a incidência do Direito Internacional limitada em poucos casos, em franca desproporção ao interesse que o tema encontra na recente doutrina brasileira¹²². O contra-argumento consiste na lembrança de que o legislador constituinte originário, quando da elaboração do catálogo de direitos fundamentais, baseou-se claramente na seleção de Direitos Humanos previstos em tratados internacionais. Se confrontarmos os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, chegaremos à constatação que foi a ordem interna que duplicou direitos reconhecidos internacionalmente e não o contrário como defendem Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹²³.

120 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Ob. cit.*, p. 37.

121 “A responsabilidade primária pela observância dos direitos humanos incidia, naturalmente, nos órgãos internos dos Estados, revestindo-se os mecanismos internacionais de proteção de caráter essencialmente subsidiário; quando os procedimentos de direito interno já não bastavam, passavam a operar os mecanismos internacionais, como garantia adicional de proteção”. CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Ob. cit.*, p. 74.

122 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Ob. cit.*, p. 37.

123 Rebatendo diretamente os fundamentos trazidos por estes autores, Mazzuoli leciona que: “...se são limitadíssimas as ações contra o Brasil perante o sistema (interamericano) de direitos humanos, tal se dá mais por falta de conhecimento da sistemática processual internacional de proteção desses mesmos direitos (pois sabemos que o nosso país passou vários anos sem que a disciplina ‘Direito Internacional Público’ fosse ministrada obrigatoriamente nas Faculdades de Direito) que por falta de vontade do nosso povo para tanto; mas, afirmar que o acolhimento das denúncias individuais pelos órgãos internacionais ‘raramente leva a resultados satisfatórios para as vítimas’ é uma contradição patente, pois se houve precedente internacional de responsabilização internacional do Estado é porque este não protegeu como deveria os direitos daquela vítima, pois se sabe (tome-se por exemplo

Não há mais que se falar em uma atuação isolada da ordem constitucional na proteção dos Direitos Humanos. Há muito Cançado Trindade já adverte no sentido de que cumpre abordar a temática dos Direitos Humanos tomando as normas relevantes do Direito Internacional e do Direito Constitucional em conjunto, conformando um todo harmônico, e não mais as contrapondo como no passado¹²⁴, como estão a defender Dimoulis e Martins nas críticas acima narradas e combatidas. Dessa forma, inegavelmente com o advento do movimento da proteção internacional dos Direitos Humanos, tem-se provado a inutilidade de se compartimentalizar Direito Internacional e Direito Interno¹²⁵. Essa tese dualista não deve prosperar na atual fase do constitucionalismo, pois imperativos paradigmáticos como soberania absoluta, domínio reservado dos Estados, autossuficiência na solução de problemas domésticos, dentre outros, estão a “cair por terra” na atual fase do desenvolvimento da sociedade internacional.

A separação entre a ordem interna e a internacional foi pensada para um tempo em que o Estado tinha a aspiração de sozinho solucionar todos os problemas existentes em seu território. Com a globalização¹²⁶ e a intensidade das novas relações internacionais, principalmente em questões globais como a proteção do meio ambiente, torna-se absolutamente necessário o acoplamento entre as citadas ordens

a sistemática prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 46) que apenas em último caso é que pode ser levado um assunto não resolvido no plano interno (portanto, sem resposta à vindicação da vítima) para a órbita internacional de proteção (então, esta última, ainda que eventualmente insatisfatória, já foi melhor que a inexistente proteção interna); e em segundo lugar, se existem mais ações internas que internacionais onde se vindicam a proteção de um direito é porque o sistema internacional (como se sabe) é sempre complementar das jurisdições nacionais; por fim, se existe no Brasil uma proteção realmente mais ampla (notadamente no art. 5º da Constituição de 1988) dos direitos fundamentais que a constante nos tratados internacionais relativos a essa matéria, é porque a redemocratização do Estado brasileiro (com o advento da Constituição de 1988) seguiu à risca as recomendações (já feitas quarenta anos antes pela Declaração Universal de 1948) da sociedade internacional pós-Segunda Guerra (o que bem demonstra o eficaz impacto interno que tem o Direito Internacional dos Direitos Humanos nos ordenamentos nacionais)”. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

124 *Ob. cit.*, p. 41.

125 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 37.

126 “La globalización transforma y altera las relaciones tradicionales entre los diferentes actores sociales tanto a nivel nacional como internacional y ciertas actuaciones que antes se desarrollaban en el ámbito exclusivo o preponderante de lo estatal se abren cada vez más a lo internacional y supranacional”. TORO HUERTA, Mauricio Iván del. *La Apertura Constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Era de la Mundialización y sus Consecuencias en la Práctica Judicial*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, p. 326.

para formação de um sistema jurídico unitário caracterizado pela solidariedade e pelo rompimento das barreiras na busca de uma efetiva proteção dos direitos humanos¹²⁷.

Diante do momentaneamente exposto, pode-se afirmar que foi no pós-guerra, que efetivamente surgiu o fenômeno da internacionalização dos Direitos Humanos, sendo claramente oriundo da combinação entre o reconhecido caráter universal dos direitos e sua positivação, seja nas tratativas internacionais, seja no reconhecimento dos Direitos Humanos como norma *jus cogens*¹²⁸. Nesse molde, consolidam-se a criação de diversos tratados internacionais que positivam, a nível global e regional, principalmente os valores éticos derivados do postulado da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, emerge a criação de um denso corpo normativo internacional de proteção e promoção dos Direitos Humanos, que se identifica com os objetivos do Constitucionalismo Liberal, aliás, uma das fontes que inspira o Direito Internacional dos Direitos Humanos¹²⁹.

Diversos autores buscam delinear os aspectos gerais do Direito Internacional dos Direitos humanos. Inúmeras questões relevantes são discutidas, como as do objeto, da autonomia, da natureza, da relação com o Direito Internacional e, principalmente os que envolvem a conceituação do quem vêm a ser efetivamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Na doutrina portuguesa, Ana Maria Guerra Martins conceitua o DIDH como o conjunto de regras jurídicas internacionais, qualquer que seja a fonte de onde emanam, que reconhecem, sem discriminação, aos indivíduos direitos e faculdades que asseguram a liberdade e a dignidade da pessoa humana e que beneficiam de garantias institucionais¹³⁰. No mesmo sentido e com poucas variações, os estudiosos brasileiros conceituam o Direito Internacional dos Direitos Humanos como aquele que visa proteger todos os indivíduos, qualquer que seja sua nacionalidade

127 “...verifica-se a constitucionalização do Direito Internacional, quer pela sua positivação no Direito Comunitário, quer pela inclusão dos direitos humanos dos tratados no corpus constitucional, num sistema integrativo que compreende, portanto, a internacionalização dos direitos humanos/a constitucionalização do Direito Internacional.” GARCIA, Maria. *Limites da Ciência. A Dignidade da Pessoa Humana. A Ética da Responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004, p. 319.

128 “*Ius cogens* ou Direito cogente significa Direito imperativo. Corresponde ao *ius strictum* do Direito Romano, que se contrapunha ao *ius dispositivum*, isto é, o Direito que nascia da vontade das partes”. Cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 277.

129 WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23.

130 *Ob. cit.*, p. 82.

e independentemente do lugar onde se encontre¹³¹ ou, na definição de André de Carvalho Ramos, “o conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e beneficiam-se de garantias internacionais institucionalizadas”¹³².

Observa-se dos conceitos acima elencados que o DIDH está, portanto, intimamente associado à afirmação da subjetividade internacional do indivíduo¹³³. Desse modo, convém ressaltar que o Estado não possui interesse material algum a ser protegido; pelo contrário, possui uma série de deveres de respeito e garantia aos direitos humanos¹³⁴.

Com as palavras acima descritas, pode-se concluir que um dos pilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste na capacidade processual dos indivíduos para pleitearem a tutela jurisdicional¹³⁵, seja interna ou externa, na defesa de seus direitos mínimos.

No âmbito externo, Cançado Trindade defende que se impõe o direito de acesso à justiça internacional, uma vez que a proteção judicial constitui a forma mais aperfeiçoada de salvaguarda dos direitos humanos. O que faz com que se deva assegurar a maior participação possível dos indivíduos, das supostas vítimas, no procedimento perante as Cortes e Tribunais Internacionais, sem a intervenção de qualquer outro órgão¹³⁶.

131 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 759.

132 *Ob. cit.*, p. 29.

133 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 83.

134 RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 13. Nesse sentido, defende João Ricardo Dornelles em interessante artigo científico que: “...a universalização do tema dos direitos humanos é um fenômeno da nossa época, que acompanha o desenvolvimento da política internacional, da economia globalizada e a evolução jurídica da matéria através do direito internacional. Portanto, o prévio reconhecimento do ser humano como sujeito de direito das normas internacionais é condição indispensável para falarmos em proteção internacional dos direitos humanos”. *Ob. cit.*, p. 181.

135 “O direito de petição individual reveste-se de simbologia e representa um dos mais importantes avanços já na matéria. O direito a reportar-se a um tribunal supranacional faz do indivíduo um sujeito ativo de direito internacional, capaz de questionar o comportamento do Estado e de promover um processo de responsabilização internacional que, para além do caso concreto, constitui um precedente de aplicação do direito internacional e de expectativa de comportamento futuro. O direito internacional se renova com a participação de inéditos atores e, sobretudo, se democratiza e se humaniza.” PAULA, Vera C. A. de, PRONER, Carol. *Convergência e Complementaridade entre as Vertentes de Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Direito Internacional - RBDI, Curitiba, 8, mar. 2009, p. 27.

136 *Ob. cit.*, p. 115.

Concordando com o jurista acima citado e indo um pouco mais além, sem desmerecer o importante papel dos legisladores, defendemos que o primeiro soldado na defesa dos Direitos Humanos deve ser o Juiz de Direito. Com efeito, desde a primeira instância, deve o Magistrado preocupar-se em aplicar as normas emanadas do sistema jurídico internacional de proteção aos direitos humanos e afastar aquelas normas domésticas que sejam contrárias ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, através do exercício do controle de convencionalidade. Permitir ao indivíduo a aplicação efetiva das normas protetivas dos Direitos Humanos, sejam elas universais ou regionais, encontra-se em absoluta sintonia com o novo papel do ser humano como sujeito do Direito Internacional.

A consagração do indivíduo como sujeito do Direito Internacional conquistada no pós-guerra comprova que o DIDH vai construir os seus alicerces com base em princípios distintos dos que imperam no Direito Internacional clássico, o que se vai repercutir na sua autonomia dogmática¹³⁷, pois ao contrário do que sucede no Direito Internacional clássico, o DIDH não se fundamenta nos princípios da reciprocidade, da exclusividade da competência nacional, da não ingerência nos assuntos internos e da reversibilidade dos compromissos¹³⁸. Há uma verdadeira mudança de paradigmas do Direito Internacional clássico para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os dogmas que sustentavam o primeiro vêm sendo cada vez mais questionados, principalmente pela jurisprudência das Cortes e Tribunais internacionais. Os postulados que sustentam o novo Direito Internacional fundamentam-se na identidade universal da pessoa humana e no princípio da igualdade de todos os seres humanos¹³⁹ e não na competência nacional exclusiva, na soberania absoluta e no domínio reservado dos Estados, afinal, o Rei também erra! Com isso, a responsabilidade de proteger os seres humanos não mais é exclusiva do Estado que possui vínculo jurídico com os mesmos, mas sim de toda a coletividade estatal. Essa responsabilidade, outrora exclusiva e agora coletiva, mitiga mais um fundamento do Direito Internacional clássico, o princípio da não-ingerência nos assuntos internos¹⁴⁰, já que as intervenções humanitárias, a prática de crimes internacionais e as violações as normas *jus cogens* podem justificar uma redefinição desse princípio.

137 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 87.

138 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 88.

139 *Idem*.

140 “A soberania deixa de ser vista como capa protetora para os governantes que cometem graves violações dos direitos humanos. O uso do princípio de não ingerência para acobertar crimes contra a humanidade é desacreditado, à medida que o direito de olhar parece servir de fundamento à ideia de

A crise da versão clássica do Direito Internacional não parou de encontrar novos argumentos, pois, a possibilidade de denúncia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos resta dificultada ou até mesmo impossibilitada em alguns casos, o que faz com que o princípio da reversibilidade dos compromissos seja, no mínimo, atenuado, frente à objetividade dos Direitos Humanos, sua unidade e indivisibilidade¹⁴¹.

Ponto no mínimo curioso defendido por Mazzuoli é a autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Diante dos argumentos outrora trazidos acerca da mudança de paradigma do Direito Internacional clássico para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, urge reconhecer a autonomia científica desse novo ramo do Direito em contraposição ao Direito Internacional geral. Tal autonomia é defendida, principalmente, com base no argumento da existência de princípios próprios do DIDH¹⁴² (já citados), o reconhecimento do indivíduo como sujeito na ordem jurídica internacional e a pluralidade e especificidade de suas fontes¹⁴³.

A autonomia científica gera, inegavelmente, uma autonomia pedagógica, em que essa nova disciplina merece ser estudada com todos os complexos aspectos que a envolvem. O que não foge ao nosso intento, uma vez que se tenta desbravar,

responsabilidade sem fronteira”. AMARAL JUNIOR, Alberto do. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 39 n. 155 jul./set. 2002, p. 58.

141 “O Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim, como novo ramo do Direito Internacional Público, emerge com princípios próprios, autonomia e especificidade. Além de apresentar hierarquia constitucional, suas normas passam a ter características da expansividade decorrente da abertura tipológica de seus enunciados. Além do mais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos rompe com a distinção rígida existente entre Direito Público e Direito Privado, libertando-se dos clássicos paradigmas”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 762.

142 “O direito internacional dos direitos humanos, ao ser dotado de princípios próprios, solidifica-se efetivamente como um ramo jurídico autônomo, provido de uma grande variedade de instrumentos internacionais de salvaguarda, e que impõem responsabilidades e obrigações para os Estados no que diz respeito aos indivíduos sujeitos à sua jurisdição”. TAIAR, Rogerio. *Direito Internacional dos Direitos Humanos. Uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: MP, 2010, p. 309.

143 No sentido do reconhecimento da autonomia e dos novos postulados do direito internacional dos direitos humanos, leciona Cançado Trindade que: “Ao final de mais de meio século de extraordinária evolução do presente domínio de proteção, o Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma-se em nossos dias, com inegável vigor, como um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea, dotado de especificidade própria. Sua fonte *material par excellence*, como da evolução de todo o Direito, é, em última análise – estamos firmemente convencidos – *a consciência jurídica universal*. Trata-se essencialmente de um *direito de proteção*, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados”. *Ob. cit.*, p. 38.

partindo de premissas já postas e hipóteses bem definidas, a aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição brasileira.

Com relação ao fundamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana, valor ético universal positivado como fundamento do Estado Democrático e Constitucional de Direito, serve como pilar, como verdadeiro eixo de sustentação dos Direitos Humanos. Dessa forma, cabe ao Direito Internacional dos Direitos Humanos resguardá-la de todas as violações possíveis, sejam elas praticadas, inclusive, pelo próprio Estado.

Enfim, estudar a disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos urge da necessidade de responder aos desafios de um Mundo cada vez mais globalizado e interdependente em que os atropelos aos Direitos dos seres humanos são uma constante¹⁴⁴.

Em virtude de tais violações, foram criados o sistema universal e os regionais de proteção aos direitos humanos, como forma de possibilitar às vítimas a busca da tutela de seus direitos quando o próprio Estado é o algoz¹⁴⁵.

A) O sistema universal

A proteção aos Direitos Humanos talvez seja um dos temas atualmente mais caros para a sociedade. Independentemente da organização política, do poderio econômico/militar e dos aspectos culturais/religiosos, todos os Estados reconhecem, é bem verdade que uns mais e outros menos, o dever-poder de garantir aos indivíduos a proteção aos seus direitos mínimos.

Conforme aponta Bobbio, “a enorme importância do tema dos direitos do homem depende do fato de ele estar extremamente ligado aos dois problemas fundamentais do nosso tempo, a democracia e a paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são à base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional”¹⁴⁶.

144 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 24.

145 “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23.

146 *Ob. cit.*, p. 203.

Dessa forma, constatado o relevo da proteção estatal aos referidos direitos, necessário se faz uma análise dos aspectos gerais dos sistemas internacionais de proteção aos Direitos Humanos que atuam em complemento a proteção doméstica, principalmente quando o próprio Estado é quem viola os citados Direitos pactuados ou mesmo as valiosas normas de *jus cogens*.

Com o processo de universalização dos Direitos Humanos formaram-se os sistemas normativos de proteção destes direitos¹⁴⁷, seja o de alcance universal ou os de âmbito apenas regional. A referida proteção originou-se de um processo gradual de amadurecimento da sociedade internacional. Esse amadurecimento teve o seu maior desenvolvimento a partir do final da famigerada Segunda Guerra Mundial, quando a sociedade internacional percebeu a necessidade de transmutar o Direito Internacional clássico até então existente. O passo inicial foi voltado à criação de mecanismos de proteção dos direitos da pessoa humana contra as arbitrariedades dos Estados e dos indivíduos que agem em seu nome. Tal se deu, primeiramente, no contexto universal, com a formação do sistema de direitos humanos das Nações Unidas (sistema onusiano), que tem na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 sua *grundnorm*, espalhando-se posteriormente para as diversas regiões do planeta, quando então começam a serem criados os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (Europeu, Interamericano e Africano)¹⁴⁸, fatos estes que demonstram que o sistema de proteção em tela é de caráter binário¹⁴⁹.

O sistema de proteção das Nações Unidas aos direitos humanos compõe-se, indiscutivelmente, de um conjunto de múltiplos instrumentos normativos, de fontes e mecanismos de implementação¹⁵⁰, com a meta máxima de proteger os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e caracterizado pela cooperação intergovernamental, muito embora essa dita cooperação venha sendo, de certo modo, mitigada, em virtude da obrigatoriedade inerente as normas *jus cogens*¹⁵¹.

147 PIOVESAN, Flávia. *Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos*. In.: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 19.

148 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 17.

149 Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, p. 269.

150 Cf. ALVES, José Augusto Lindgren. *A ONU e a proteção aos direitos humanos*. Rev. Bras. Polít. Int. n. 37 (1). 1994, p. 137.

151 Cf. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 121.

A criação de um sistema universal de proteção dos direitos humanos sempre esteve presente nos propósitos da Organização das Nações Unidas, conforme pode se observar na Carta de São Francisco, de 1945¹⁵². Esse diploma normativo positivou valores com tendência à perenidade, muito embora possam aderir à dinâmica da sociedade e atualizarem-se¹⁵³, contribuindo significativamente para o processo de asserção dos direitos humanos, na medida em que teve por princípio a manutenção da paz e da segurança internacional e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem qualquer distinção de raça, religião, cor ou gênero¹⁵⁴.

Apesar de sua incontestável importância¹⁵⁵, um ponto que merece ser destacado é que os dispositivos da Carta das Nações Unidas que versam sobre Direitos Humanos padecem de alguma imprecisão e de um caráter relativamente vago¹⁵⁶. Diante dessa situação e da notória necessidade de redigir um catálogo de direitos universalmente reconhecidos, coube a Comissão de Direitos Humanos, em meados de 1947, elaborar um projeto de Declaração que foi submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas, a qual aprovou, precisamente em 10 de dezembro de 1948, a já citada Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵⁷.

152 Nesse sentido: “O estabelecimento de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos sempre constituiu um dos objetivos das Nações Unidas, conforme o propósito de “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos, sem distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião”, consagrado no Artigo 1º, parágrafo 3º, da Carta de São Francisco. Foi, também, e tem sido ainda, uma de suas tarefas mais difíceis, dada a necessidade de conciliar tal propósito com o princípio da não ingerência em assuntos internos dos Estados, estipulado no Artigo 2º, parágrafo 7º.” ALVES, José Augusto Lindgren. *Ob. cit.*, p. 134.

153 Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Ob. cit.*, p. 266.

154 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 799.

155 “A Carta da ONU – Organização das Nações Unidas, de 1945, pode ser considerada como o primeiro instrumento internacional com preocupação explícita em relação ao tema da proteção geral dos direitos humanos. Antes dela, alguns textos internacionais já regulamentavam a temática, embora sob um aspecto específico, como a proteção da pessoa nas suas relações de trabalho, no tratado que deu origem à OIT – Organização Internacional do Trabalho; enquanto vítima de conflito armado, nos incipientes tratados de Direito Humanitário e da Guerra e como minoria, no Pacto que criou a Liga das Nações”. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL OU INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL?* Revista Brasileira de Direito Internacional, v. 8, n. 8, jul/dez. Curitiba: 2008, p. 04.

156 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 123.

157 Cf. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 125.

Mesmo a Declaração de 1948 trazendo um elenco de princípios conducentes ao universalismo e à indivisibilidade¹⁵⁸, do ponto de vista formal, muitos alegam que lhe falta caráter vinculante, pois fora adotada por uma resolução da Assembleia Geral da ONU e não por um tratado internacional¹⁵⁹. Felizmente esse posicionamento vem mudando ao longo do tempo, em virtude da defesa do caráter de Direito Internacional Consuetudinário, aceito por todos¹⁶⁰, ou mesmo do *jus cogens* da referida Declaração¹⁶¹, o que a torna obrigatória para todos os Estados, independentemente de estarem inseridos ou não nas Nações Unidas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos alcançou um reconhecimento tão forte perante os membros da sociedade internacional, que muitos Estados incluíram-na expressamente no texto de suas Constituições ou mesmo a utilizaram como base para a elaboração do rol de direitos fundamentais¹⁶². No caso do Brasil, muitos direitos fundamentais positivados constitucionalmente derivam do texto da DUDH. Indo um pouco mais além, Artur Cortez Bonifácio chega até mesmo a hierarquizá-la como norma constitucional, a semelhança dos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos¹⁶³.

Certamente não se pode deixar de observar que foi após o advento da referida Declaração que teve início o desenvolvimento de uma série de tratados internacionais voltado à proteção dos Direitos Humanos¹⁶⁴.

Com efeito, na sequência da DUDH, as Nações Unidas, com a finalidade de solidificar o sistema de proteção e resolver o problema da força vinculante da Declaração, pretendeu adotar um único instrumento convencional, no qual se estabelecessem os direitos humanos, tanto civis e políticos, como econômicos, sociais e culturais¹⁶⁵. Novamente entrou em ação a Comissão de Direitos Humanos, que iniciou suas atividades trabalhando em um único projeto de tratado interna-

158 BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Ob. cit.*, p. 267.

159 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 126.

160 “A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado do *consensus omnium gentium* ou *humani generis*.” BOBBIO, Norberto. *Ob. cit.*, p. 26.

161 Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 142.

162 Cf. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 127.

163 *Ob. cit.*, p. 272.

164 PIOVESAN, Flávia. *Introdução ao Sistema...*, p. 20.

165 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 128.

cional. Contudo, conforme destaca Piovesan, “a Assembleia Geral, sob a influência dos países ocidentais, determinou fossem elaborados dois pactos em separado, que deveriam ser aprovados e abertos para assinatura simultaneamente, no sentido de enfatizar a unidade dos direitos neles previstos”¹⁶⁶.

Como resultado do trabalho da Comissão de Direitos Humanos e com a missão de garantir força vinculante aos Direitos Humanos previstos na DUDH e abrigar novos direitos, foi aprovado em 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Tais pactos somados a referida Declaração formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos¹⁶⁷, o núcleo duro do Direito Internacional dos Direitos Humanos das Nações Unidas¹⁶⁸.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos inderrogáveis, conforme anteriormente citado, normalmente de primeira geração e autoaplicáveis, obrigações negativas e positivas aos Estados-partes, bem como institui o Comitê de Direitos Humanos¹⁶⁹ para tratar dos casos de violação a tais direitos. Já o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais enuncia um amplo catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a associar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, o direito a previdência social, o direito à saúde e o direito à participação na vida cultural da comunidade¹⁷⁰, ou seja, direitos de segunda dimensão¹⁷¹.

Apesar do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos positivizar direitos de primeira dimensão e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais os ditos de segunda, conforme bem adverte Yara Maria Pereira

166 *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 162.

167 ALVES, José Augusto Lindgren. *Ob. cit.*, p. 139.

168 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 128.

169 “O CDH foi criado por tratado (art. 28º) para garantir o respeito por parte dos Estados das obrigações que lhes incumbem por força do Pacto. O Comitê é composto por 18 peritos, que são eleitos por um período de 4 anos nas reuniões bianuais dos Estados partes”. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 133.

170 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 176.

171 “Há Direitos de Segunda Dimensão que possuem aplicação imediata e não necessitam de prestações positivas, são os direitos de natureza negativo-defensiva, como a liberdade sindical, o direito à escolha da profissão, o direito que têm os sujeitos da relação de trabalho de pactuar cláusulas contratuais”. GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação. Sua Aplicação às Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 71.

Gurgel, “é essencial a implementação conjunta dos Direitos Cíveis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais. Um Direito não substitui outro, mas é fortalecido pela necessidade de aplicação conjunta e indissociável”¹⁷². Dessa forma, quando da aplicação dos referidos pactos, seja no âmbito interno ou externo, necessário se faz uma visão uniforme dos Direitos Humanos.

Em que pese a Carta das Nações Unidas, a DUDH e os dois Pactos¹⁷³ citados representarem um largo avanço na proteção dos Direitos Humanos, ocorreu no âmbito do sistema global de proteção uma ampliação das fontes com a elaboração de diversos tratados que versam sobre a proteção específica a diversos grupos ou sujeitos. Com efeito, firma-se a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos, como sistemas complementares, sendo o primeiro destinado a toda e qualquer pessoa, enquanto que o segundo é voltado para sujeitos específicos, como crianças, mulheres, minorias, deficientes etc¹⁷⁴.

Ainda no que tange ao sistema onusiano de proteção aos direitos humanos, existe um importante órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas¹⁷⁵. Trata-se do Conselho de Direitos Humanos¹⁷⁶. Criado em meados de 2006, através da Resolução nº 60/251 da Assembleia Geral da ONU, o referido Conselho substituiu a Comissão de Direitos Humanos, que apesar de ser estabelecida em 1946, fora acusada de seletividade e excessiva politização¹⁷⁷.

172 *Ob. cit.*, p. 79.

173 “Cumprе salientar que o Brasil é signatário de todos os Pactos e dos tratados acima especificados, como de resto da quase totalidade dos tratados de direitos humanos, o que leva-nos a crer na importância que o Estado brasileiro dá ao tema e significa, por outro lado, que os poderes constituídos não podem passar despercebidos quanto à diretriz tomada”. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Ob. cit.*. 274.

174 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Introdução ao Sistema...*, p. 21.

175 Cf. GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 28.

176 “...la creación de un Consejo de Derechos Humanos en el ámbito del sistema de protección de las Naciones Unidas es parte de un contexto mayor de reforma de esta organización. En lo que concierne a los derechos humanos, hemos mencionado que la reforma busca dotar a dicho sistema de mecanismos más ágiles de reacción, mejorar su coordinación y eficacia e insertar los derechos humanos en otros ámbitos de la agenda de la ONU”. VIÉGAS-SILVA, Marisa. *El nuevo Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: algunas consideraciones sobre su creación y su primer año de funcionamiento*. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. ildi Nº 12, Bogotá: 2008, p. 41.

177 ASANO, Camila; NADER, Lucia; VIEIRA, Oscar Vilhena. *O BRASIL NO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU: A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DE AMBIGUIDADES*. Revista Política Externa – v. 18, n. 2 set./out./nov, 2009, p. 2.

O citado conselho é formado por 47 Estados-membros das Nações Unidas, os quais deverão ser eleitos de formas direta e individual por voto secreto pela maioria dos membros da Assembleia Geral. A sua composição baseia-se em uma distribuição geográfica e igualitária e os assentos deverão ser distribuídos entre os seguintes grupos: Estados africanos (13 membros), Estados asiáticos (13 membros), Estados do Leste Europeu (6 membros), Estados latinoamericanos e caribenhos (8 membros), Estados da Europa Ocidental e outros Estados (7 membros). Importa frisar que os membros terão mandato de três anos e não poderão ser reeleitos após o cumprimento de dois mandatos consecutivos¹⁷⁸.

No que tange as competências, a grande novidade do Conselho em relação à outrora existente Comissão é a criação do mecanismo de Revisão Periódica Universal, através do qual todos os Estados-partes das Nações Unidas serão submetidos, a cada quadriênio, a uma análise de sua situação quanto ao respeito aos Direitos Humanos¹⁷⁹. Vale destacar que os mecanismos não convencionais de proteção aos Direitos Humanos, como é o caso do RPU, podem ser utilizados para avaliar situações de direitos humanos em quaisquer Estados, independentemente da ratificação de um tratado¹⁸⁰, o que certamente é fruto de uma mitigação ao voluntarismo absoluto.

Ocupando uma das vagas inerentes aos Estados latino-americanos, o Brasil faz parte do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Dessa forma, sua atuação deve ser obrigatoriamente pautada nos princípios que regem as relações internacionais do Estado brasileiro, descritos no art. 4º da Constituição Federal de 1988, principalmente, no da prevalência dos Direitos Humanos. Apesar disso, a doutrina informa que o nosso país não vem observando devidamente tais princípios em seus posicionamentos, notadamente no trato das violações ocorridas na Coreia do Norte e no Sri Lanka¹⁸¹, na medida em que o Brasil absteve-se de aprovar uma resolução, cujo teor era prorrogar o mandato de relator especial que teria por fim apurar as graves violações aos direitos humanos ocorridas nos citados países.

178 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 458.

179 Cf. ASANO, Camila; NADER, Lucia; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Ob. cit.*, p. 02.

180 VIÉGAS-SILVA, Marisa. *El nuevo Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: algunas consideraciones sobre su creación y suprimir año de funcionamiento*. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. ildi n. 12, Bogotá: 2008, p. 42.

181 Cf. ASANO, Camila; NADER, Lucia; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Ob. cit.*, p. 01.

Talvez seja por desprezar os princípios constitucionais reitores das relações externas que o Brasil foi condenado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU. Em notícia publicada no próprio sítio do Itamaraty na internet¹⁸², em 22 de agosto de 2011, consta que o Brasil foi condenado na área de saúde por violação aos direitos humanos de uma mulher grávida. Trata-se do caso de Alyne Silva Pimentel, que em 2002, no sexto mês de gestação, deu entrada em um hospital público no Rio de Janeiro em situação de risco de vida, porém não recebeu atendimento por 05 (cinco) dias e veio a óbito.

Se já não bastasse esse triste episódio, outros dois são investigados pelo Conselho em tela. O primeiro trata de violação aos direitos humanos na remoção de famílias para obras da Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016, no caso particular do Rio de Janeiro¹⁸³. O segundo caso submetido ao dito Conselho discute a autorização para a construção da Usina de Belo Monte, no Pará. Com efeito, a construção da citada usina ameaça a vida e a integridade de 24 povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores que vivem na área a ser utilizada¹⁸⁴.

Até quando o Estado brasileiro vai continuar a violar os Direitos Humanos? Talvez a resposta a presente indagação passe pela imperiosa necessidade dos Magistrados conhecerem e aplicarem devidamente os tratados internacionais de direitos humanos, afastando as normas internas que lhe sejam contrárias e fundamentando suas decisões nas normas também emanadas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Somente dessa forma, violação a direitos das mulheres, das minorias, dos indivíduos em geral, poderão ser efetivamente combatidas.

De inegável importância para a sociedade internacional, o sistema global de proteção dos Direitos Humanos, conduzido politicamente pela ONU e tendo como destaque o Conselho de Direitos Humanos, ainda precisa ser aprimorado no que toca a eficácia e imperatividade de suas decisões.

Talvez sabedor das falhas e omissões do sistema onusiano, diversos Estados empreenderam esforços para a criação de eficientes sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, dado que voltados às peculiaridades de cada região e/ou continente.

182 <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/selecao-diaria-de-noticias/midias-nacionais/brasil/isto-e/2011/08/22/brasil-recebe-condenacao-inedita-da-onu>. Acesso em: 22/11/2011.

183 Cf. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-04-26/onu-denuncia-violacao-de-direitos-humanos-na-remocao-de-familias-para-obras-da-copa-do-mundo-de-2014>. Acesso em: 21/11/2011.

184 Cf. <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/06/03/conselho-de-direitos-humanos-da-onu-discute-autorizacao-para-construcao-de-belo-monte>. Acesso em: 15/11/2011.

B) Os sistemas regionais

Em continuidade ao espírito protecionista e paralelo ao sistema global¹⁸⁵, o primeiro sistema regional a ser criado foi o europeu, tendo como tratado inaugural a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950. Em posição intermediária vem o sistema regional interamericano, cujo principal instrumento internacional é a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. Por último, há que se falar no sistema regional africano, após a edição da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, em 1981¹⁸⁶.

Fato importante que merece desde logo ser destacado, é que os sistemas global e regional não são dicotômicos, muito pelo contrário, eles são complementares. Com efeito, compete aquele que teve seus direitos mais essenciais lesados escolher o que lhe seja mais favorável entre os sistemas a qual se submete o Estado-violador, uma vez que os Direitos Humanos são protegidos em caráter geral e especial pelos sistemas global e regionais¹⁸⁷.

Não sendo o nosso propósito detalhar cada sistema regional de proteção aos direitos humanos, passa-se a uma breve explanação dos sistemas Europeu e Africano. Em relação ao sistema interamericano, haverá um maior esforço, vez que o Brasil a ele se submete.

Iniciando pelo sistema mais antigo, é absolutamente relevante que se conheça um pouco do Direito Europeu dos Direitos Humanos. Esse sistema encontra sua base na criação do Conselho da Europa em 1949¹⁸⁸. Sob a égide dele e com a finalidade de prevenir novos conflitos entre os Estados europeus, fora celebrada em Roma, precisamente em 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), que só entrou em vigor em setembro de 1953, após a 10ª ratificação¹⁸⁹.

185 “Ao lado do sistema normativo global, surge o normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa”. PIOVESAN, Flávia. *Introdução ao Sistema...*, p. 21.

186 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários...*, p. 17-18.

187 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Introdução ao Sistema...*, p. 24.

188 “O Estatuto do Conselho da Europa entra em vigor em 3 de agosto de 1949, depois de haver sido ratificado por 7 (sete) Estados signatários. A Organização tem a sua sede em Estrasburgo, na França”. Cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 596.

189 GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 46-47.

À Convenção somam-se 14 Protocolos¹⁹⁰, que dentre outras inovações, acrescentam novos direitos ou introduzem modificações na competência, na estrutura e no funcionamento dos seus órgãos de controle¹⁹¹. Apesar de a citada Convenção positivar um vasto rol de direitos humanos, muitos deles claramente derivados da DUDH, ela protege, principalmente, os direitos civis e políticos, enquanto que os direitos econômicos, sociais e culturais foram descritos pela Carta Social Europeia¹⁹².

No âmbito do sistema de garantias aos direitos humanos reconhecidos, foi criado em 1959, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), como órgão de interpretação e aplicação da CEDH aos casos que os Estados-partes, a Comissão, pessoa singular ou coletiva, ONG ou qualquer grupo de pessoas, lhe submetam¹⁹³. Vale ressaltar que a competência do referido Tribunal é tanto consultiva quanto contenciosa¹⁹⁴.

No caso do exercício da competência contenciosa, para que um caso de violação aos preceitos da CEDH possa ser examinado pelo TEDH, necessário se faz que primeiro sejam esgotados os meios internos¹⁹⁵, conforme reza o art. 35, 1 da

190 “São duas as razões de fundo que levaram à conclusão deste elevado número de protocolos adicionais. Por um lado, não fora possível obter o consenso dos Estados membros do Conselho da Europa sobre alguns dos direitos que se projectava incluir no texto da própria Convenção. A solução que se adoptou revelou grande pragmatismo: só se incluíram na Convenção os direitos e as liberdades que asseguravam uma rápida ratificação do seu texto e que, por isso, não iriam atrasar a sua entrada em vigor. A segunda razão reside no facto de que tanto a evolução dos tempos como a prática da Convenção fizeram sentir a necessidade de modificar ou completar algumas preceitos da Convenção ou arrolar novos direitos, cuja importância não era tão agudamente sentida em 1950”. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 604.

191 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 194.

192 “A CSE foi adoptada, em Turim, em 18 de Outubro de 1961, e entrou em vigor, em 26 de fevereiro de 1965. A CSE tem como objectivo a eliminação de toda a discriminação social, a melhoria do nível de vida e a promoção do bem-estar social e para isso reconhece os direitos económicos e sociais”. Cf. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 267.

193 PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 611.

194 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 258.

195 “...princípio constitui um corolário de um velho princípio geral de Direito Internacional, conhecido como ‘local remedies rule’, segundo o qual o indivíduo não tem acesso ao exercício da protecção diplomática activa para a salvaguarda dos direitos e das liberdades que o Direito Internacional lhe confere enquanto não houver esgotado todos os meios jurídicos que o Direito interno lhe faculta para o efeito”. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Ob. cit.*, p. 618.

referida Convenção. O objetivo desta regra é “a proteção das soberanias nacionais contra os processos internacionais intempestivos”¹⁹⁶.

O TEDH não funciona como uma instância revisora das decisões dos Tribunais domésticos, pois a sua competência primordial é de declarar a (in)compatibilidade dos atos estatais com a CEDH. Trata-se do que a doutrina reconhece como controle de convencionalidade das normas¹⁹⁷. Com efeito, cabem aos Estados-partes à obrigação negativa de editar normas incompatíveis com a CEDH, proferir decisões judiciais em desrespeito à interpretação conferida pelo TEDH a dita Convenção e escusar-se de praticar atos administrativos que violem os preceitos convencionais protetivos dos direitos humanos, pois somente dessa forma será evitada a condenação dos Estados-partes pelo dito Tribunal.

Ainda no âmbito do Direito Europeu dos Direitos Humanos, além do já mencionado sistema do Conselho da Europa, de natureza intergovernamental, há o da União Europeia, de caráter comunitário.

A preocupação com o respeito dos Direitos Humanos por parte da Comunidade retira-se implicitamente, inicialmente, da versão originária do Tratado da Comunidade Europeia, quando no preâmbulo se afirmam os ideais de paz e de liberdade, bem como o objetivo de melhoria das condições de vida dos seus povos¹⁹⁸.

Em sequência, alavancando o desenvolvimento do Comunitarismo europeu, o Tratado de Maastricht, de 1992, fundou a União Europeia e tornou explícita a necessidade dessa organização internacional de respeitar os direitos humanos protegidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, seguindo a orientação dada pela Corte de Justiça. Mais adiante, o Tratado de Amsterdã, que entrou em vigor em 1999, continuou a tendência à ampliação, por parte do Direito Comunitário, do reconhecimento dos Direitos Humanos. Em 2000, seguindo a caminhada da União Europeia rumo ao seu comprometimento com os ideais dos Direitos Humanos, foi adotada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Realizada em Nice, é um acordo interinstitucional entre o Conselho, o

196 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*

197 No Brasil, o grande expoente na construção e desenvolvimento do referido controle é o Prof. Dr. Valério de Oliveira Mazzuoli. Para um estudo mais aprofundado, *vide* as obras do presente autor: *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Interno* e *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Normas*, ambas referidas ao longo desse texto.

198 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 275.

Parlamento Europeu e a Comissão¹⁹⁹. Vale lembrar, ainda, que o Tratado de Lisboa de 2007, reformador dos Tratados da União Europeia e da Comunidade Europeia, tornou juridicamente vinculativas as normas presentes na referida Carta de Direitos Fundamentais.

Apesar da indiscutível existência dos sistemas do Conselho da Europa e da União Europeia, bem como das importantes decisões já tomadas por ambos, parte da doutrina posiciona-se no sentido de que não há nenhuma razão para o sistema de direitos humanos, em nível convencional, não ser o mesmo para todos os Estados europeus, na medida em que se há um patrimônio comum a todos eles, esse é o dos valores inerentes aos direitos da pessoa humana²⁰⁰.

Após o desenvolvimento de alguns aspectos mais básico do sistema europeu de proteção aos direitos humanos, necessário se faz abordarmos, mesmo que de forma breve, o sistema africano, a fim de demonstrar que novos sistemas de proteção estão a surgir e que a preocupação em garantir os citados direitos estende-se a quase todos os recantos do globo.

Em 25 de maio de 1963 fora criada a Organização da Unidade Africana, que a partir de 2002 veio a ser tornar a União Africana. Mesmo traduzindo as preocupações dos Estados africanos acerca da descolonização, discriminação racial, desenvolvimento econômico e social, a Carta da OUA não se revelou suficiente para a proteção dos direitos humanos no continente africano²⁰¹. Dessa forma, com a finalidade de suprir a insuficiência da Carta da OUA, foi aprovada em 27 de junho de 1981, em Nairóbi, no Quênia, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que entrou em vigor em 21 de outubro de 1986²⁰². A CADHP estabeleceu a Comissão Africana dos Direitos Humanos como órgão de controle e promoção dos direitos humanos. Não se pode esquecer que em 1998 foi aprovado um Protocolo Adicional à referida Carta, relativo à criação do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, que entrou em vigor em janeiro de 2004, após as devidas ratificações²⁰³.

O citado Tribunal começou a funcionar na cidade de Adis Abeba, Etiópia, em novembro de 2006, mas sua sede permanente foi logo transferida para

199 GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 85.

200 MIRANDA, Jorge. *Curso...*, p. 302.

201 Cf. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 300.

202 *Idem*, p. 302.

203 *Idem*, p. 306.

Arusha, Tanzânia. Com efeito, uma vez que o regimento interno do citado Tribunal já foi aprovado, os 11 Juízes já estão prontos para julgar os casos recebidos²⁰⁴.

Um ponto importante que merece ser lembrado é o fato de que o sistema africano não possui somente a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos como instrumento de proteção aos direitos humanos. Há que se falar também em tratados temáticos como a Carta Africana sobre os Direitos e o bem-estar da Criança, a Convenção para a Eliminação dos Mercenários na África²⁰⁵, o Protocolo da CADHP relativamente aos Direitos das Mulheres na África e a Convenção da OUA que rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados na África.

Infelizmente, apesar de certo desenvolvimento no plano normativo, ainda não se observa no continente africano o devido respeito aos direitos humanos. Espera-se que o sistema africano de proteção aos referidos logre êxito e que suas fontes normativas possam ser efetivamente aplicadas pelos órgãos jurisdicionais dos Estados africanos, pois somente com a aplicação direta por parte dos Tribunais domésticos dos tratados internacionais de direitos humanos é que as violações serão controladas e punidas.

Feitos esses comentários acerca do incipiente sistema africano de proteção aos direitos humanos, passa-se a uma análise um pouco mais apurada sobre o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

A proteção interamericana dos direitos humanos tem sido alavancada, inicialmente, pela Organização dos Estados Americanos (OEA). Criada pela Carta de Bogotá, em 30 de abril de 1948, após a aprovação na IX Conferência Interamericana²⁰⁶, a OEA desempenha um relevante papel no desenvolvimento do Direito Interamericano dos Direitos Humanos.

Criada como uma Organização Internacional de caráter regional, seus propósitos e princípios fundamentais, bem como parte de sua estrutura, deixam bastante claro que uma das suas finalidades é a proteção aos direitos humanos. Para tanto, serve-se da capacidade jurídica internacional para celebrar tratados internacionais com outros sujeitos do Direito Internacional, a fim de alcançar os seus objetivos²⁰⁷.

204 Cf. informações recolhidas do site: <http://www.african-court.org/pt/o-tribunal/historico>. Acesso em 24/11/2011.

205 GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 128.

206 Cf. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 294.

207 Cf. SILVA, Roberto Luiz. *A OEA ENQUANTO ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL*. In.:

Apesar da existência de algumas convenções que abordavam a temática dos direitos humanos, pode-se afirmar que foi a partir da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que se formou a base normativa mais fundamental a elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969²⁰⁸.

Esses dois instrumentos, Declaração e Convenção, fomentaram um gradual processo de maturação dos mecanismos de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano, cujo passo inicial foi à criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como órgão especializado de promoção e proteção dos direitos humanos no âmbito da OEA²⁰⁹.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é órgão com atuação tanto no sistema da OEA, quanto no da CADH. Dessa forma, há que se falar em dois sistemas normativos, o da OEA, aplicável antes da referida Convenção ter entrado em vigor e atualmente voltado apenas aos Estados não-partes da referida Convenção, bem como o sistema mais atual e prevalente, que é o do Pacto de San José da Costa Rica²¹⁰, cujos principais meios de proteção são a citada Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos²¹¹.

Diferentemente da Declaração Americana de Direitos Humanos, norma declarativa²¹², a Convenção Americana de Direitos Humanos²¹³ é um tratado (*hard*

OLIVEIRA, Márcio Luís de. (Coord.). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 101.

208 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do novo Século: Recomendações para o Fortalecimento de seu Mecanismo de Proteção*. In.: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 109.

209 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 825.

210 Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Ob. cit.*, p. 275.

211 PASTOR, Marta María. *La Corte Interamericana interprete último de la Convención Americana*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 164.

212 “Em uma análise perfunctória do texto constituinte do Pacto firmado em San José de Costa Rica, constata-se que esse diploma internacional viria a suprir, com eficiência, as lacunas deixadas pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, no que tange à efetividade de seus objetivos. Assim, seria requerido um documento com previsão sancionatória e órgãos de monitoramento atuando para uma efetiva implementação das normas de proteção”. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Ob. cit.*, p. 277.

213 “A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, tendo sido aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1992, e promulgada pelo Decreto presidencial 678, de 6 de novembro desse mesmo ano. Entrou

law) que constitui uma fonte de normas vinculantes para os Estados-partes²¹⁴. Ela pode ser dividida em duas partes: na primeira, define os direitos protegidos, bem como estabelece os deveres que os Estados assumem ao ratificá-la; na segunda, estabelece os aparatos de funcionamento do sistema interamericano, através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos²¹⁵.

A referida Comissão é composta por sete membros da nacionalidade de qualquer dos Estados-membros da OEA, eleitos pela Assembleia Geral da Organização a título pessoal. Suas reuniões acontecem várias vezes por ano, a depender da demanda anual que lhe é designada pela OEA. Por não ser um órgão que se reúne em caráter permanente, para cumprir suas atividades, a Comissão conta com uma Secretaria responsável pelo apoio operacional e logístico²¹⁶.

Talvez a principal função da Comissão seja atuar como uma ponte entre o cidadão que teve seus direitos humanos violados e a CIDH ou mesmo a OEA, dependendo do caso²¹⁷, já que os indivíduos não possuem capacidade processual

em vigor internacional em 18 de julho de 1978, após ter obtido o mínimo de 11 ratificações". MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários...*, p. 18.

214 GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 92.

215 MEDEIROS, Ana Letícia Barauna Duarte. *Direito Internacional dos Direitos Humanos na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 193. "Outras instituições da OEA também desenvolvem, entre suas funções, algumas atividades específicas de proteção aos direitos humanos, e poderiam ser aqui citadas, como a Comissão Interamericana de Mulheres, o Instituto Interamericano da Criança, o Instituto Indigenista Interamericano, além da própria Assembleia Geral, que recebe os informes anuais da Comissão e da Corte". GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 97.

216 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários...*, p. 218.

217 "...o Sistema faz uma ponte com o cidadão através da denúncia, sendo esta efetuada por qualquer pessoa por petição endereçada à Comissão de Direitos Humanos ou por organizações não-governamentais. Algumas condições coexistem: o Estado denunciado ter violado um direito humano, por meio do exercício de quaisquer de suas funções; o peticionante ou denunciante ter esgotado todos os recursos internos, vale dizer da jurisdição interna, e tê-la apresentado dentro do prazo de seis meses, a partir da data da decisão interna definitiva; a denúncia ou queixa não esteja pendente de outro recurso internacional. [...] Recebida a petição, estando conforme, a Comissão inicia a investigação do caso, comunicando ao Estado envolvido sobre os fatos para que este faça a defesa. No afã de apurar a prova, a Comissão poderá realizar audiências e investigações no local dos fatos. Ao final do processo, a Comissão, se entender pela procedência da queixa, recomendará a mudança de conduta e a indenização dos prejuízos causados à vítima e o compromisso de que o denunciado não cometa outras violações dos direitos fundamentais. Em caso de não cumprimento das recomendações, a Comissão publicará suas conclusões no relatório anual que remete à OEA, podendo, ainda, enviar o caso à Corte Interamericana de Justiça, com sede em San José da Costa Rica". BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Ob. cit.*, p. 278.

para acionarem diretamente a referida Corte²¹⁸. Sua atuação é, portanto, bastante semelhante em alguns aspectos a do Ministério Público brasileiro, pois tem tanto legitimidade para encaminhar um caso ao órgão jurisdicional, como pode fiscalizar o respeito aos direitos humanos no plano regional²¹⁹.

No que tange as denúncias apresentadas contra o Brasil na referida Comissão, os números são bastante significativos. Dados apontam que desde 1999, a Comissão recebeu 272 denúncias contra o Brasil, sendo que até 2007, 72 casos encontram-se pendentes²²⁰. Com efeito, talvez esses números não fossem tão alarmantes se a Jurisdição brasileira aplicasse de forma satisfatória as normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Espera-se que o Brasil possa atender as recomendações estabelecidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a fim de que o caráter pedagógico dessas recomendações, bem como das sentenças da CIDH, possam gerar um espírito de maior proteção aos direitos humanos no território brasileiro.

Como visto, na hipótese de um Estado-parte ser denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e não cumprir com as recomendações impostas, o caso será levado à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Diante da importância da CIDH para o sistema regional latino-americano de proteção aos direitos humanos, necessário se faz apresentar alguns breves aspectos do órgão jurisdicional máximo do sistema em tela²²¹.

Sediada em San José, capital da Costa Rica, a CIDH é composta por sete juízes, obrigatoriamente de nacionalidades diferentes e provenientes dos Estados-

218 “No sistema interamericano, o indivíduo tem capacidade processual para apresentar um caso de violação de direitos humanos somente perante a Comissão Interamericana e não pode encaminhar em seu próprio nome, e de forma independente, um caso perante a Corte. A Corte somente pode receber um caso se for a requerimento da Comissão ou de um dos Estados-partes da Convenção Americana”. DULITZKY, Ariel E; GALLI, Maria Beatriz; KRSTIVIC, Viviana. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos: Aspectos Procedimentais e Estruturais de seu funcionamento*. In.: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 82.

219 MEDEIROS, Ana Letícia Barauna Duarte. *Ob. cit.*, p. 198.

220 SANTOS, Cecília MacDowell. *Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. N. 7. Ano 4. Rede Universitária de Direitos Humanos: 2007, p. 37.

221 Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Ob. cit.*, p. 282.

membros da Organização dos Estados Americanos (OEA)²²². Com efeito, possui competência tanto contenciosa, quanto consultiva. No primeiro caso, é absolutamente necessário que o Estado denunciado tenha aceitado a jurisdição da Corte e que tenha ocorrido o prévio esgotamento de todas as instâncias internas, em virtude da natureza complementar do sistema. Em relação à segunda competência, nos anos iniciais de seu funcionamento, a Corte robusteceu a proteção aos direitos humanos ao emitir várias opiniões consultivas, contribuindo para a interpretação e aplicação das normas previstas na CADH²²³.

Há que se destacar que a competência da CIDH não se resume a interpretar e aplicar os preceitos da CADH, uma vez que pode determinar a responsabilidade de um Estado em virtude da violação aos direitos humanos previstos em tratados que abordam questões específicas²²⁴, como a proteção as minorias²²⁵.

Uma tese inovadora e polêmica deve aqui ser ressaltada. Trata-se do posicionamento de Artur Cortez Bonifácio no sentido de que a CIDH, no caso do Brasil, atue como instância revisional, ou seja, defende-se que seja atribuída à Corte, no exercício de sua competência contenciosa e para fins de garantir a efetividade e executoriedade das decisões, o poder de revisar decisões internas que afrontem os direitos fundamentais, mesmo as prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal²²⁶. Com efeito, em sendo acatada a tese em comento, o Estado brasileiro ficaria direta e efetivamente obrigado a submeter às decisões do STF ao crivo da CIDH, na hipótese de ser interposto recurso nesse sentido²²⁷. Essa é uma tese que merece ser analisada com o devido respeito, pois poderá solucionar no futuro o problema da efetividade das decisões da CIDH no âmbito doméstico.

222 Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários...*, p. 282.

223 Cf. DULITZKY, Ariel E; GALLI, Maria Beatriz; KRSTIVÉVIC, Viviana. *Ob. cit.*, p. 82-85.

224 *Idem*, p. 89.

225 “Nos últimos anos, o *corpus* normativo do sistema interamericano de proteção vem experimentando uma gradual ampliação, mediante a adoção, até o presente, dos dois Protocolos Adicionais à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como das Convenções interamericanas setoriais de proteção”. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Ob. cit.*, p. 137. No mesmo sentido: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários...*, 2010, p. 18.

226 *Ob. cit.*, p. 283.

227 Em sentido absolutamente contrário, defende Piovesan que “...as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos não substituem os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos”. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 263.

Diante das considerações até aqui expostas, pode-se facilmente constatar que a proteção aos direitos humanos pelos sistemas global e regional situa-se como direito subsidiário e suplementar ao direito estatal²²⁸. Desse modo, não se retira dos Estados à competência primária para proteção dos direitos de seus súditos, mas sim oferece amparo na hipótese do sistema nacional de proteção ser insuficiente²²⁹.

É dever dos Estados-partes, a fim de que não sejam condenados ou sequer investigados pelos órgãos dos sistemas de proteção aos direitos humanos, que editem suas legislações de forma compatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois somente dessa forma, será concedida a primazia que os referidos direitos merecem no ordenamento jurídico estatal²³⁰, inclusive com o reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, na ordem jurídica brasileira.

Na verdade, a primeira linha de defesa dos direitos humanos previstos internacionalmente deve ser formada pelos Juízes de Direito, pelos Magistrados que ocupam cargos nos órgãos jurisdicionais do Estado. É dever deles que conheçam de forma profunda o Direito Internacional dos Direitos Humanos, não só os instrumentos internacionais de proteção, mas também as decisões das Cortes e Tribunais Internacionais de Direitos Humanos²³¹, pois somente dessa forma poderá o Estado promover meios internos efetivos de proteção aos referidos direitos²³².

Caso o Estado insista em violar os direitos humanos, falhando em cumprir com as obrigações internacionalmente pactuadas, poderá ser responsabilizado

228 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 161.

229 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 826.

230 DULITZKY, Ariel E; GALLI, Maria Beatriz; KRSTIVEVIC, Viviana. *Ob. cit.*, p. 101.

231 “[...] gran parte del fortalecimiento de los derechos humanos depende de la vinculación de los poderes públicos nacionales, en especial el Poder Judicial, a los propios derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales, pero también a la doctrina y jurisprudencia interpretativa y contenciosa desarrollada por la Comisión y por la Corte. En conformidad con esta última idea, los tribunales de justicia deben ejercer, al fallar, el llamado control de convencionalidad”. VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. *Sistema integrado de protección de los derechos humanos*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 5, n° 2, 2007, p. 125.

232 Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem. (A Convenção Europeia dos Direitos do Homem)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998, p. 93.

por ações ou omissões praticadas por atos de quaisquer órgãos ou agentes, sejam eles dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário²³³.

Finalizando a discussão acerca do Direito Internacional Contemporâneo e a proteção dos Direitos Humanos, vale destacar as palavras de Ferrajoli:

Hacer verdadera la democracia, tomar en serio los derechos fundamentales del hombre tal como vienen solemnemente proclamados en nuestras constituciones y en las declaraciones internacionales quiere decir hoy poner fin a ese gran *apartheid* que excluye de su disfrute a las cuatro quintas partes del género humano. Y esto significa, a su vez, dos cosas. Ante todo, reconocer el carácter supra-estatal de los derechos fundamentales y, como consecuencia, prever en sede internacional garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus Estados. En concreto, un código penal internacional que castigue los crímenes contra la humanidad; una reforma de la actual jurisdicción internacional que establezca su carácter no voluntario sino obligatorio y su competencia para decidir sobre la responsabilidad de los Estados y de sus gobernantes por las violaciones de los derechos fundamentales de sus ciudadanos; un sistema de obligaciones internacionales impuesto para la tutela de los derechos sociales también en los países más pobres; el desarme progresivo de los Estados miembros de la ONU, acompañado de la atribución del monopolio de la fuerza legal a organismos internacionales democráticamente representativos²³⁴.

233 Cf. DULITZKY, Ariel E; GALLI, Maria Beatriz. *A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu Papel Central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. In.: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 58.

234 *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 31.

Ao nosso entender, as ideias acima citadas bem refletem o pensamento que deve ser adotado na Contemporaneidade por toda a sociedade internacional, pois somente dessa forma poderá ser efetivada a proteção aos direitos humanos.

Desenvolvidos os postulados básicos da internacionalização dos Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, evidencia-se que os referidos direitos encontram-se no centro das discussões da sociedade internacional. Seguindo esse movimento global de tutela aos direitos mais básicos de todo e qualquer ser humano, o Estado brasileiro, através de sua própria ordem constitucional, passou a conferir uma maior amplitude e importância à proteção dos direitos humanos.

Essa afirmação tem como pressupostos a positivação de um vasto catálogo de direitos fundamentais, notadamente de inspiração jusinternacionalista, no texto da Constituição Federal de 1988; a elevação do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos como reitor das relações travadas pelo Estado; a inserção de uma cláusula aberta de recepção a novos direitos humanos, prevista no § 2º do art. 5º do texto constitucional, o que implica no reconhecimento da natureza de fonte do direito estatal aos tratados internacionais de direitos humanos devidamente incorporados e no seu *status* constitucional; bem como a constitucionalização de institutos e normas emanadas do Direito Internacional.

Dessa forma, resta evidente que o Estado brasileiro pactuou no cenário internacional o dever de zelo aos direitos humanos. Como prova de tal fato, positivou no próprio texto constitucional a obrigação de adimplir os compromissos assumidos internacionalmente, vinculando toda a máquina estatal aos encargos contratados.

Capítulo 2. A OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

No atual momento em que vivemos, a importância dos direitos humanos ocupa um papel de destaque. Tal característica é inerente ao pensamento pós-positivista em ascensão na atual fase do constitucionalismo, chamada de neoconstitucionalismo¹. Observa-se que os referidos direitos encontram-se como pilares do sistema jurídico de uma sociedade, sendo inconcebível o não respeito aos mesmos, seja por parte do próprio Estado ou por particulares.

No plano internacional não poderia ser diferente. Os direitos humanos também encontram um largo destaque no regramento das relações entre Estados soberanos. Funcionam como verdadeiros valores jurídicos supremos que regem a vida em sociedade, não mais aquela de outrora, isolada, fechada, mas sim a hodierna, em que as relações vão muito além das fronteiras de constitucionalismos locais de um único Estado.

O Estado, pessoa jurídica de direito público internacional, mantém relações com outros Estados e com Organismos Internacionais, principalmente na era da globalização. Com efeito, dado o dinamismo de tais relações, há que se atestar o reconhecimento ou estabelecimento de princípios que servirão como diretrizes para a conduta do Estado brasileiro nas citadas relações internacionais.

Diante do novo quadro que se forma, inegavelmente caracterizado pela internacionalização dos Direitos Humanos e florescimento do consequente Direito Internacional dos Direitos Humanos, surgem novos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

1 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, março/abril/maio, 2007, p. 11. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

A interação entre a Constituição e o Direito Internacional é inevitável no mundo globalizado em que vivemos. Cabem aos Estados não mais apenas estabelecer como matérias essenciais as Constituições a organização política, a separação dos poderes (funções) e a proteção dos direitos fundamentais. A busca do bem-estar da coletividade insere-se numa nova dinâmica de rompimento de fronteiras, de universalização de direitos, da globalização de quase tudo. Cabe ao Estado se proteger das mazelas desse fenômeno e dar guarida aos bons frutos que ele pode render para a sociedade.

Na qualidade de resultado das concepções políticas, ideológicas, filosóficas e jurídicas dos atores políticos do Estado, a Constituição tem que estar preparada para esses novos desafios da globalização e para o fortalecimento da sociedade internacional e dos indivíduos.

A nova ordem internacional impõe a necessidade dos Estados utilizarem suas Constituições como instrumento de acoplamento da ordem interna para com a externa. Desse modo, para compreensão de uma efetiva aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, notadamente por parte dos magistrados, e para defesa do controle de convencionalidade como instrumento de proteção dos referidos direitos, necessário se faz o desenvolvimento de algumas ideias acerca da previsão constitucional da proteção dos direitos humanos e da relação entre a Constituição e o Direito Internacional, trazendo não a eterna discussão entre monistas e dualistas, mas sim um fiel retrato de como a ordem estatal se comunica com a internacional através da Constituição, quais os princípios e regras que tratam da citada relação, a constitucionalização do Direito Internacional e/ou a internacionalização do Direito Constitucional, o surgimento de um possível Direito Constitucional Internacional e, por fim, a defesa dos direitos humanos como limites a soberania estatal².

2 “Inicialmente queremos lembrar que o Estado não existe sem um contexto internacional. Não há estado isolado. A própria noção de Estado depende da existência de uma sociedade internacional. Ora, só há Constituição onde há Estado. Assim sendo a Constituição depende também da sociedade internacional. Ao se falar em soberania do Poder Constituinte se está falando em uma soberania ‘relativa’ e quer dizer que tal poder não se encontra subordinado a qualquer norma de D. Interno, mas ele se encontra subordinado ao DIP de onde advém a própria noção de soberania do Estado”. MELLO, Celso Albuquerque. *Ob. cit.*, p. 20.

Seção 1 - A Previsão Constitucional da Proteção dos Direitos Humanos

A previsão constitucional da proteção dos direitos humanos e a positivação de princípios reitores das relações internacionais surgiram, notadamente, nas Constituições do pós-guerra, com a finalidade de instituir marcos normativos, limites e estímulos à política externa estatal, bem como oferecer meios de controle a discricionariedade dos constitucionalmente competentes a condução das citadas relações.

O legislador constituinte originário brasileiro, absorvendo tais preocupações e vislumbrando um novo cenário mundial, optou por positivar no texto da Constituição inúmeros princípios consagrados na ordem internacional, elegendo, inclusive, o princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Sabe-se que esse princípio tem forte fundamento no *jus cogens* e é baseado nas concepções do Direito Natural, encontrando-se, no atual estágio do neoconstitucionalismo, positivado na Constituição de diversos Estados.

Atendendo a citada tendência e a imperiosa necessidade da participação do Estado brasileiro no cenário das relações internacionais, o legislador constituinte originário positivou os princípios que devem reger tais relações, com destaque para o da prevalência dos direitos humanos.

Nota-se que a Constituição Federal de 1988³ inovou ao positivar os princípios que regem as relações internacionais do Estado brasileiro, reconhecendo a República Federativa do Brasil como sujeito de Direito Internacional e não apenas como um Estado independente e soberano. O dispositivo acima citado simboliza a reinserção do Estado brasileiro na arena internacional⁴.

Diante da expressa previsão constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, necessário se faz que o conceito de Direitos Humanos seja identificado, para após tratar-se da prevalência de tais direitos e sua relação com o também fundamento da soberania. Tais conhecimentos são essenciais para entender a cláusula constitucional de recepção dos Direitos Humanos, positivada pelo constituinte de 1988.

3 “[...] a promulgação da Constituição de 1988 foi um marco significativo para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no país”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. São Paulo: RT, 2010, p. 20.

4 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 38.

§ 1º O Conceito de Direitos Humanos

Talvez não seja tarefa das mais fáceis definir algo que é produto de toda uma história da civilização e que ainda está em processo de transformação⁵. Conceituar os direitos humanos de forma inédita vai muito além do que se necessita para compreensão da discussão acerca da obrigação do Estado brasileiro de proteger esses ditos direitos. É por isso que optamos por visitar a noção de direitos humanos já existente no âmbito da doutrina jurídica.

Os direitos do homem, em virtude do caráter histórico que lhes é peculiar⁶, nascem em certas circunstâncias, normalmente marcadas por lutar em defesa de novas liberdades contra antigos regimes, bem como de forma gradativa⁷, na intenção de testemunhar a elevação moral do ser humano⁸.

Na medida em que reflete um construído axiológico⁹, os direitos humanos correspondem à afirmação do postulado maior de todas as revoluções que buscaram romper com regimes de servidão, a dignidade da pessoa humana¹⁰. Com efeito, tais direitos constituem mínimos de existência¹¹, essencialmente indisponíveis e presentes em todos os indivíduos, com a finalidade de garantir o mais profundo respeito à dignidade da pessoa humana¹².

5 Para uma análise histórica dos direitos humanos *vide*: HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos. Uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

6 “Os direitos do homem não são uma descoberta do século 20. Raízes da história das ideias deixam remontar-se às suas origens até na antiguidade”. ALEX, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96.

7 Cf. BOBBIO, Norberto. *Ob. cit.*, p. 5.

8 Cf. VILLALOBOS, José Humberto Castro; GURROLA, Claudia Verence Agromón. *Ob. cit.*, p. 56.

9 Cf. PIOVESAN, Flávia. *DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A LEI DE ANISTIA: O CASO BRASILEIRO*. In.: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. n. 2 (jul./dez.). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 177.

10 Para uma análise mais detida acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, *vide*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

11 Cf. CARPIZO, Jorge. *LOS DERECHOS HUMANOS: NATURALEZA, DENOMINACIÓN Y CARACTERÍSTICAS*. In.: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 25, julio-diciembre 2011, p. 5.

12 MELGARÉ, Plínio. *Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 39, n. 154. abr./jun. 2002, p. 71.

A sociedade contemporânea reconhece que todo ser humano tem inúmeros direitos frente ao Estado. Direitos estes que ensejam no dever estatal de respeitar e garantir, assim como de estruturar-se de modo a satisfazer a sua realização plena. Esses direitos, caros para toda a sociedade, são o que se conhece por direitos humanos¹³.

Os direitos humanos podem ser analisados sob duas perspectivas principais. A primeira, de matriz juspositivista¹⁴, prega que os citados direitos são aqueles que o Estado outorga através de seu ordenamento jurídico. A segunda, baseada nas ideias jusnaturalistas, reza que o Estado só reconhece e garante aquilo que lhe é preexistente¹⁵. Essa divergência quanto à natureza dos direitos humanos influencia de forma marcante no processo de elaboração da definição do que vem a serem os direitos humanos¹⁶.

Gravitando em ideias jusracionais, Carpizo define os direitos humanos como:

[...] el conjunto de atribuciones reconocidas en los instrumentos internacionales y en las Constituciones para hacer efectiva la idea de la dignidad de todas las personas y, en consecuencia, que puedan conducir una existencia realmente humana desde los ámbitos más diversos, los que se imbrican, como el individual, el social, el político, el económico y el cultural¹⁷.

13 Cf. NIKKEN, Pedro. *El Concepto de Derechos Humanos*. In.: CRUZ, Rodolfo Cerdas; LOAIZA, Rafael Nieto (compiladores). *Estudios Basicos de Derechos Humanos*. T. 1. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, p. 15.

14 Para uma visão aprofundada do positivismo jurídico, vide: DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

15 Cf. CARPIZO, Jorge. *Ob. cit.*, p. 4.

16 “...existe una gruesa línea de frontera que va a superar las definiciones, colocando de un lado el grupo de cuantas arrancan de alguna instancia que climas por incluida en el objetivismo y por situada fuera o sobre la positividad, y del otro lado todas aquellas que, desconociendo o negando esa instancia posible, parten únicamente del derecho positivo”. BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: UNAM, 1989, p. 233.

17 *Ob. cit.*, p. 13.

Partindo de uma visão mais técnica, Villalobos e Gurrola conceituam os referidos direitos como o “conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen ai ser humano, considerado individual y colectivamente¹⁸”.

Em ambas as definições é possível observar que os direitos humanos¹⁹ manifestam-se de forma multifacetada, já que veiculam direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Trata-se do que a doutrina reconhece como gerações/dimensões dos direitos humanos²⁰.

Esse fenômeno multidimensional dos direitos humanos²¹ surge de sua tentativa constante de acompanhar o caminhar evolutivo da sociedade, bem como suas conquistas político-jurídicas que inegavelmente transmudam-se de acordo com os novos contextos culturais e sociais²².

Apesar dessa amplitude alcançada pelos direitos humanos, não se pode fazer uso impreciso e indiscriminado de seu significado, alargando seu conteúdo a direitos que não são tão essenciais para um indivíduo ou mesmo para um gru-

18 *Ob. cit.*, p. 55.

19 “O que chamo de direitos humanos é, como disse, um subconjunto adequado de direitos possuídos pelos cidadãos em um regime democrático constitucional liberal ou dos direitos dos membros de uma sociedade hierárquica decente”. RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 106.

20 Para uma análise mais detida acerca das gerações/dimensões dos direitos humanos, vide: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

21 “Conviene advertir, al enfilar el último tramo de estas relexiones, que las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal. En el curso de su trayectoria se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones que configuran ese despliegue como un proceso dialéctico. No debe escapar tampoco a la consideración de esta problemática que las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro; en ocasiones, se traduce em la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, suponen la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados. [...] Una concepción generacional de los derechos humanos implica, en suma, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos”. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Las Generaciones de Derechos Humanos*. In.: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 10. Septiembre-Diciembre. 1991, p. 217.

22 Cf. NEVES, Marcelo. *A Força Simbólica dos Direitos Humanos*. In.: Revista Eletrônica de Direito do Estado. Nº 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, 2005, p. 2.

pamento humano²³. Com efeito, nem todos os direitos são considerados direitos humanos. Expandir demais esse conceito somente iria contribuir para o seu enfraquecimento e diminuição da cogência que o caracteriza.

Os direitos humanos, notadamente em virtude de sua imperatividade, servem de limites ao poder do Estado. A partir do momento em que se reconhece e garante em um dado ordenamento jurídico que há direitos do ser humano que são inerentes a sua própria condição, bem como são anteriores e superiores ao poder estatal, se está claramente limitando o exercício desse poder, na medida em que o gozo pleno de tais direitos não pode ser afetado²⁴.

Além de limitar o poder do Estado, os direitos humanos assumem a posição de princípios ético-normativos, portanto, transcendem ao normativismo-dogmático, na medida em que servem de alicerce as normas jurídicas e legitimam a ordem política estatal²⁵.

Apesar dos direitos humanos terem sido reconhecidos inicialmente no seio dos Estados, foi no âmbito internacional que ele conheceu novos horizontes. Avançando na proteção aos ditos direitos, o sistema jurídico internacional, muito mais do que uma tutela geral, promoveu sistemas especiais de proteção a determinadas categorias de pessoas, como mulheres, crianças e adolescentes, índios, refugiados, trabalhadores, portadores de necessidades especiais, dentre outras, bem como a certas ofensas graves contra os direitos humanos, como o genocídio, a discriminação racial e a tortura. Indo mais além ainda, a normatividade internacional atualmente consagra a proteção a direitos humanos inerentes a toda a coletividade global, como é o caso do direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente e a paz²⁶.

No campo do direito internacional público ou mesmo de um direito mundial emergente²⁷, além de se observar o alargamento do conteúdo dos direitos humanos, identifica-se a criação de instrumentos que permitem que tais direitos sejam assegurados na hipótese de violações praticadas pelo próprio Estado. Trata-se

23 “El uso impreciso e indiscriminado de la expresión en el lenguaje cotidiano apunta más asu significación emotiva, casi irracional, produciéndose un inevitable vaciamiento semántico y un desgaste de su fuerza política. Podríamos decir, entonces, que el primer derecho humano es el de conocer cuáles son los alcances de la expresión, más dá de sus connotaciones emotivas”. RUSSO, Eduardo Angel. *Derechos Humanos y Garantías. El Derecho al Mañana*. Buenos Aires: EUDEBA, 1999, p. 35.

24 NIKKEN, Pedro. *Ob. cit.*, p. 18.

25 Cf. MELGARÉ, Plínio. *Ob. cit.*, p. 71.

26 NIKKEN, Pedro. *Ob. cit.*, p. 21.

27 NEVES, Marcelo. *Ob. cit.*, p. 22.

da responsabilidade internacional por violação aos direitos humanos, que estabelece mecanismo de tutela, tanto em sede convencional quanto não convencional, com destaque para a jurisdição exercida por Cortes e Tribunais Internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional, ambos com papel altamente relevante na proteção dos direitos humanos.

Os direitos humanos são marcados por uma característica que está intimamente ligada a sua proteção internacional. Trata-se da universalidade. Por ser inerente a condição humana, todas as pessoas, independentemente da nacionalidade ou mesmo na ausência dela, são titulares de direitos humanos, não podendo, portanto, com base em diferenças de regimes políticos, sociais ou culturais, serem violados²⁸.

Outra importante característica dos direitos humanos que cabe ser destacada é a sua progressividade. Com efeito, uma vez que um determinado direito tenha sido formalmente reconhecido como inerente a pessoa humana, resta definitiva e irrevogavelmente integrado a categoria daqueles direitos cuja inviolabilidade deve ser respeitada e garantida²⁹. Trata-se do que alguns³⁰ denominam de “princípio da vedação ao retrocesso”.

Aliada a progressividade, cremos no caráter expansivo dos direitos humanos³¹, na medida em que diversos ordenamentos estatais, notadamente em suas Constituições, estabelecem cláusulas de recepção a novos direitos humanos, como ocorre no art. 5º, § 2º da CF/88. Dispositivos como este permitem uma oxigenação do catálogo constitucional de direitos fundamentais, bem como o reconhecimento de que há outros direitos humanos, mesmo que não previsto do direito doméstico³².

As características dos direitos humanos não param na universalidade, progressividade e expansividade. Outras merecem ser lembradas, como é o caso

28 NIKKEN, Pedro. *Ob. cit.*, p. 22.

29 NIKKEN, Pedro. *Ob. cit.*, p. 24.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. *PROIBIÇÃO DE RETROCESSO, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS SOCIAIS: MANIFESTAÇÃO DE UM CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE POSSÍVEL*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, setembro/outubro/novembro, 2008, p. 08.

31 “Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação”. BOBBIO, Norberto. *Ob. cit.*, p. 32.

32 Cf. NIKKEN, Pedro. *Ob. cit.*, p. 25.

da imprescritibilidade, indivisibilidade, irrenunciabilidade, exigibilidade³³, fundamentalidade, abstratividade, moralidade e prioridade³⁴, além de serem, por essência, direitos de resistência³⁵.

A soma de todas as características citadas demonstra o quão importantes são os direitos humanos para a sociedade. É justamente esse alto relevo que os direitos humanos possuem na pós-modernidade que faz com que o Estado tenha a obrigação de efetivá-los com todos os meios que estiverem ao seu alcance, sejam eles administrativos, legislativos ou judiciais.

Os direitos humanos, independentemente de estarem previstos na ordem constitucional estatal ou de serem advindos do sistema jurídico internacional, possuem sua força normativa reconhecida³⁶. Exsurge dessa circunstância o dever estatal de concretizar os direitos humanos, independentemente do posicionamento que adotem quanto à natureza, ao fundamento ou as características de tais direitos³⁷. Como afirma Friedrich Muller, “os direitos humanos estão intimamente relacionados à democracia e ao Estado de Direito: sem seu exercício prático não há processo democrático nacional nem transnacional”³⁸. É nesse sentido que se pode afirmar que o papel dos Juízes de Direito é fundamental para uma salutar concretização dos direitos mais básicos inerentes aos indivíduos, sejam eles direitos fundamentais ou direitos humanos³⁹.

33 Cf. VILLALOBOS, José Humberto Castro; GURROLA, Claudia Verence Agromón. *Ob. cit.*, p. 58.

34 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 95.

35 “Os direitos humanos nacionais e transnacionais oferecem uma base jurídica de resistência contra todas as formas de agressão e opressão política e militar, assim como contra a injustiça econômica e social que é considerada consequência da atual forma de globalização”. MULLER, Friedrich. *Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – Especialmente na Ótica da Teoria Estruturante do Direito*. In.: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo. W.; PAGLIARINI, Alexandre (Org.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49.

36 Cf. NEVES, Marcelo. *Ob. cit.*, p. 17.

37 Cf. BOBBIO, Norberto. *Ob. cit.*, p. 25.

38 *Ob. cit.*, p. 48.

39 “En el orden estatal, el derecho constitucional ha asumido el concepto de derechos fundamentales y lo ha consagrado, por oposición al concepto de derechos humanos. En términos generales, la doctrina constitucional, sobre todo en América Latina, afirma que el concepto derechos fundamentales, a diferencia del concepto derechos humanos, es más preciso, es jurídico y corresponde a los derechos positivados en la Constitución”. CAVALLLO, Gonzalo Aguilar. *DERECHOS FUNDAMENTALES-DERECHOS HUMANOS. ¿UNA DISTINCIÓN VÁLIDA EN EL SIGLO XXI?* Boletín Mexicano de

A própria Constituição Federal de 1988 adota sentidos diferentes para direitos fundamentais e direitos humanos. No art. 4º, II, ao estabelecer o princípio da prevalência dos direitos humanos como um dos que regem as relações internacionais, e no art. 5º, § 2º, ao abordar a questão dos tratados internacionais de direitos humanos, o Constituinte de 88 optou utilizar a expressão direitos humanos, tendência que foi seguida pela E.C. 45/04, conforme se depreende do § 3º, também do art. 5º. Já no Título II do texto constitucional, a referência é feita aos direitos e garantias fundamentais. Observa-se que a utilização das duas expressões não corresponde a uma atecnia por parte do legislador constituinte originário, mas sim uma clara concepção de que os direitos fundamentais correspondem aos direitos humanos positivados no catálogo constitucional, bem como que os direitos humanos, de origem jusinternacional, prevalecem no ordenamento jurídico.

Com base no pensamento descrito, resta-nos tentar esboçar um breve conceito de Direitos Humanos. Tais direitos consistem naqueles que gravitam em torno da dignidade da pessoa humana, são absolutamente essenciais aos indivíduos e a própria sociedade, bem como limitam a atuação do Estado em virtude de sua própria manifestação de vontade ao reconhecê-los.

Diante das ideais até aqui exposta, nos parece que mais importante do que conceituar os direitos humanos ou discutir questões inerentes à nomenclatura, é buscar meios para que o Estado concretize-os e, conseqüentemente, os faça prevalecer, já que são vinculantes⁴⁰ e não podem ser violados, sob pena de responsabilização internacional.

§ 2º A Prevalência dos Direitos Humanos e a Soberania

Não sendo nosso objetivo detalhar todos os princípios que regem as relações internacionais do Estado brasileiro, mas sim mostrar uma visão panorâmica dos mesmos, passa-se, como forma de exemplificar e para contextualização de discussão acerca do dever de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira, a análise do princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto do inc. II do art. 4º da Constituição Federal de 1988.

A Carta de São Francisco, instrumento de criação da Organização das Nações Unidas, estimulou consideravelmente o respeito aos direitos humanos. Um

Derecho Comparado. Año XLIII, núm. 127, enero-abril de 2010, p. 69. No mesmo sentido: MELGARÉ, Plínio. *Ob. cit.*, p. 73; CARPIZO, Jorge. *Ob. cit.*, p. 14.

40 Cf. MULLER, Friedrich. *Ob. cit.*, p. 49.

ponto que merece destaque no estudo dos citados direitos foi à elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A partir desse momento, teve início a institucionalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a internacionalização dos direitos fundamentais e o consequente reconhecimento do caráter universal dos Direitos Humanos⁴¹.

Diante desse novo panorama, observa-se que a proteção dos direitos fundamentais do homem não mais se encontra vinculada aos Estados e seus interesses exclusivos. A comunidade internacional e os princípios por ela defendidos clamam pela consolidação da proteção internacional dos Direitos Humanos independente de fronteiras e de ordenamentos jurídicos ou mesmo de ideologias e religiões. Vê-se que a ordem internacional tutela os direitos dos indivíduos não levando em conta a nacionalidade ou até mesmo se o sujeito é um apátrida⁴².

Baseados nos ideais traçados pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição Federal de 1988⁴³, seguindo o modelo político-constitucional de outros países, consagrou a prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental. Baseado na referida consagração dos direitos humanos, constata-se a abertura do sistema jurídico nacional ao internacional de proteção dos direitos humanos e, como adverte Piovesan, ao mesmo tempo, exige uma nova interpretação de princípios tradicionais como a soberania nacional e a não intervenção, impondo a flexibilização, redefinição e relativização destas normas⁴⁴.

41 “A universalidade significa que os direitos fundamentais não podem dirigir-se a castas privilegiadas, nem ser objeto de transações mercantis ou servir de pretexto para determinado fim, nem se destinar a uma sociedade singularizada. Os direitos fundamentais são dirigidos à espécie humana, à sociedade universal, ao homem e à sua dignidade. E não excluem ninguém. Por isso é que as Constituições dos Estados, ao tratar dos direitos fundamentais, em nome da universalidade, garantem a sua aplicação a nacionais e estrangeiros, havendo um regime especial em determinados casos para estes últimos”. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Ob. cit.*, p. 100-101.

42 *Vide* decisão do Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior no processo 2009.84.00.006570-0, que tramitou perante a 4ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://200.167.144.15/tebas/consulta/resconsproc.asp>>.

43 “Com a promulgação do texto constitucional de 1988, definitivamente o Brasil assume um compromisso sério frente à sociedade internacional com o respeito, a promoção e a proteção dos direitos humanos.” GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 206.

44 PIOVESAN, Flávia. *DIREITOS HUMANOS GLOBAIS, JUSTIÇA INTERNACIONAL E O BRASIL*. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 8, v. 15, jan./jun. 2000, p. 102-103.

Vale destacar que os parlamentares constituintes de 1987 sofreram influência do “Anteprojeto Constitucional Afonso Arinos” no que tange a positivação do princípio ora estudado, apesar da numeração e redação ser um pouco discrepante⁴⁵ entre o anteprojeto e o texto aprovado. Convém mencionar o *upgrade* do texto aprovado em relação ao citado anteprojeto. Os constituintes não optaram pela simples “defesa e promoção dos direitos humanos”, mas sim pela utilização da expressão “prevalência dos direitos humanos”, o que confirma o sentido de que tais direitos prevalecem no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁶.

Pioneira em elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger as relações internacionais do Estado brasileiro⁴⁷, a Constituição Federal de 1988 ora faz referência à expressão “direitos humanos”, ora recorre a “direitos fundamentais”. Haveria uma distinção entre tais conceitos? Momentaneamente, nos restringimos a aceitar o entendimento de que os Direitos Humanos antecedem os direitos fundamentais, sendo estes últimos oriundos do processo seletivo feito pelos constituintes no imenso rol de Direitos Humanos existentes no cenário global. Portanto, seguindo esta tendência, seriam direitos fundamentais os Direitos Humanos selecionados e positivados na Constituição de determinado Estado⁴⁸.

Diante do exposto, resta defender a ideia de que ao utilizar a expressão “direitos humanos” no art. 4º, II, o legislador constituinte originário seguiu a tese acima defendida, pois a citada referência leva em consideração o sistema internacional juracional de proteção do indivíduo. Como o próprio dispositivo prescreve, os Direitos Humanos previstos nos sistemas global e regional têm prevalência na condução dos atos estatais, seja na órbita externa ou mesmo na interna, já que em

45 Art. 5º – O Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – defesa e promoção dos direitos humanos;

46 Conforme leciona Celso Lafer ao afirmar que “no art. 4º, a clara nota identificadora da passagem do regime autoritário para o Estado democrático de direito é o princípio que assevera a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II)”. *Ob. cit.*, p. 14.

47 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 37.

48 Nesse sentido, leciona da doutrina pátria que “algumas vezes as expressões ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’ são apresentadas com o mesmo significado, como sinônima. Outras vezes são apresentados os primeiros, utilizando-se da expressão ‘direitos fundamentais’, como o rol dos ‘direitos humanos’ que se encontram positivados no ordenamento jurídico do Estado, enquanto que os ‘direitos humanos’ seriam aqueles catalogados nas declarações e convenções internacionais”. NICZ, Alvacir Alfredo. *Princípios Constitucionais Regentes das Relações Internacionais*. In.: GOMES, Eduardo Biacchi; Reis, Tarcísio Hardman. *O Direito Constitucional Internacional após a Emenda 45/04 e os Direitos Fundamentais*. São Paulo: Lex, 2007, p. 12.

havendo violação aos citados direitos previstos em fontes do sistema internacional, haverá a possível condenação do Brasil pelas Cortes e Tribunais Internacionais competentes⁴⁹.

Dessa forma, temos a opinião de que quando a Constituição trata dos direitos fundamentais, o faz como processo seletivo dos Direitos Humanos existentes no plano internacional. E quando o constituinte optou pela prevalência dos direitos humanos é porque ele observou a contínua necessidade de complementar o catálogo de direitos fundamentais com tais direitos⁵⁰.

O princípio da prevalência irradia sobre as demais normas, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, legais ou supralegais, provenientes de fontes internas ou externas, a obrigação de serem interpretadas sempre no sentido da consagração dos Direitos Humanos⁵¹, ou seja, em prol da proteção do indivíduo e não somente no aspecto da satisfação dos interesses do Estado. Nesse sentido, leciona Maria Garcia, que a sociedade atual caracteriza-se pelo “reconhecimento da necessidade de proteção das liberdades contra a lei e não, apenas, pela lei”⁵².

Indiscutivelmente, o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos orienta a política externa brasileira no sentido de celebrar e incorporar tratados internacionais, seja globais ou regionais, de proteção dos direitos humanos⁵³. Tratados esses que não se resumem a proteção estrita do indivíduo, mas também a proteção de coletividades, minorias e refugiados, ou seja, direitos humanos num sentido *lato sensu*⁵⁴.

49 “Uma interpretação “amiga” do Direito Internacional dada a este dispositivo também leva a crer que qualquer decisão emanada de tribunais internacionais a que o Brasil aceite a jurisdição obrigatória, e que envolvam matérias de Direitos Humanos, deve ser respeitada no Direito Interno. Isto se aplica especialmente às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição o Brasil aceita desde 1998.” GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 120.

50 Conforme destaca Piovesan, “a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional e proteção dos direitos humanos”. *Ob. cit.*, p. 39.

51 “O reconhecimento de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos.” CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Ob. cit.*, p. 40.

52 *Limites da Ciência...*, p. 272.

53 Cf. LAFER, Celso. *Ob. cit.*, p. 15.

54 Cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 119.

Acerca da natureza do princípio da prevalência dos direitos humanos, pode-se afirmar que essa importantíssima norma jurídica é corolária de um postulado ainda maior, o da dignidade da pessoa humana. Sendo esta o grande fundamento do estudo dos direitos humanos no plano internacional, manifesta-se inegavelmente na ordem jurídica interna dos Estados como epicentro da ordem jurídica, tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito⁵⁵. Dessa forma, há que se reconhecer a qualidade de norma *jus cogens* ao princípio da prevalência dos direitos humanos, o que faz com que o Estado não possa ignorar a valorização de tais direitos na prática de seus atos, sejam eles externos ou internos.

Alguns autores tendem a afirmar que o princípio da prevalência dos direitos humanos, em virtude do seu *status* especial⁵⁶, limita ou redefine a própria soberania estatal, demolindo a característica de absolutividade do dogma da soberania.

No constitucionalismo latino-americano⁵⁷ e no brasileiro⁵⁸, alguns autores defendem que o princípio da prevalência dos direitos humanos limita/redefine a soberania, na medida em que o Estado não pode mais praticar atos violadores dos citados direitos alegando os argumentos da jurisdição doméstica, do domínio exclusivo ou da soberania absoluta.

Antes de adentrarmos numa breve discussão acerca da limitação da soberania estatal, necessário se faz deixar bem claro que ela ainda existe. Não se propõe aqui, em momento algum, a defesa da total falência da soberania, mais sim a sua relativização/redefinição.

A soberania teve, reconhecidamente, um importante papel na formação do Estado moderno. Inegavelmente, o citado dogma continua a ser fundamental

55 GUERRA, Sidney. *Ob. cit.*, p. 209.

56 “Na verdade, os direitos humanos têm, a nosso ver, um ‘status’ especial na ordem jurídica internacional e deve predominar sempre”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ob. cit.*, p. 203.

57 Cf. CAVALLLO, Gonzalo Aguilar. *Ob. cit.*, p. 228.

58 “A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 40.

no Direito Internacional Público, estando presente nos principais tratados internacionais, inclusive nos que criam Organizações Internacionais⁵⁹.

A própria e tão festejada Carta da Organização das Nações Unidas defende a manutenção do postulado da soberania estatal⁶⁰. Numa breve análise do art. 1, 7 da Carta da ONU⁶¹, constatam-se, conforme salienta Celso D. de Albuquerque Mello, que “este texto elaborado em 1945 já prevê o ‘desfalecimento’ da soberania quando houver necessidade de uma defesa da paz. A soberania é um feixe de competência que o Estado possui mas que lhe é dado e limitado pela ordem internacional”⁶².

Sob o prisma regional latino-americano, a Carta da OEA, precisamente em seu art. 3º, ‘b’⁶³, preceitua a soberania como princípio de observância obrigatória na ordem internacional. De fato, a soberania encontra-se positivada na ordem jurídica internacional, tanto global quanto regional.

Numa pequena digressão acerca do que vem a ser a soberania, nos reportamos a suas premissas básicas. Conceitua-se soberania como o “poder que detém o Estado, de impor, *dentro de seu território*, suas decisões, isto é, de editar suas leis e executá-las por si próprio. É o poder que, dentro do Estado, *internamente*, não encontra outro maior ou de mais alto grau”⁶⁴. Mas esse conceito não nasceu pronto e acabado. Ele evoluiu com o caminhar da história. Atualmente, já se fala de um

59 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ob. cit.*, p. 130.

60 “[...] la Carta de la ONU, marcan el final del paradigma westfaliano y el nacimiento de un nuevo pacto social internacional, un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal en el que pasan a ser sujetos de derecho internacional no solo los estados, sino también los individuos y los pueblos.” TARDIF, Eric. *Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. año XVI. MONTEVIDEO: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, 2010, p. 307.

61 Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são: 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

62 *Ob. cit.*, p. 130.

63 Artigo 3. Os Estados americanos reafirmam os seguintes princípios: b) A ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional;

64 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Soberania e a proteção...*, p. 171.

conceito de soberania que leve em consideração a proteção internacional dos direitos humanos, conforme será demonstrado nas linhas que se seguem.

A globalização tem desempenhando um papel importante na reanálise da soberania. Esse fenômeno fez os Estados observarem que muitos problemas econômicos, sociais e, dentre outros, ambientais, devem ser vistos sob uma ótica global e não de forma isolada. Não se pode esquecer que o processo globalizante é o grande responsável pelo rompimento das barreiras que travavam o diálogo entre os povos, principalmente devido ao desenvolvimento da comunicação e da troca de informações a nível universal. O desaparecimento das fronteiras econômicas e da informação, apesar de não ser o único fator, contribuiu decisivamente para uma nova interpretação da soberania. A soberania westfaliana não suportou a soberania da era da informação.

Conforme já fora adiantado, os fenômenos descritos não levaram a óbito a soberania. Deve-se encarar tais eventos ou políticas como manifestações de atos soberanos dos Estados. Em relação à proteção internacional dos direitos humanos, vale ressaltar que ela não causa séria ameaça a soberania nacional dos Estados. O caráter complementar e subsidiário do sistema jurídico internacional de proteção dos direitos humanos somente deve ser buscado nos casos em que o Estado viole os citados direitos⁶⁵.

A manutenção da soberania nacional manifesta-se na própria promoção da dignidade da pessoa humana⁶⁶. Dessa forma, não há que se falar em qualquer incompatibilidade entre a soberania e a proteção internacional dos direitos humanos, uma vez que a proteção em tela manifesta-se como uma das formas de exercício da soberania. Não se pode dizer o mesmo em relação ao caráter absoluto da soberania.

Levando em consideração a necessária manutenção da soberania estatal e a relevante proteção internacional dos direitos humanos, resta-nos aceitar a tese da relatividade da soberania pela própria vontade dos que a detêm. Insistir na tradicional visão absoluta da soberania é desconhecer a força do próprio Direito.

Quando se defende uma relativização da soberania não se busca uma também absoluta supremacia do Direito Internacional sobre o estatal, ao menos no momento histórico em que vivemos. O que se almeja é a integração da normatividade interna *pro* dignidade da pessoa humana com os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos. Conforme dito anteriormente, relativiza-se a

65 TAIAR, Rogerio. *Ob. cit.*, p. 273.

66 TAIAR, Rogerio. *Ob. cit.*, p. 274.

soberania pela própria vontade estatal ao celebrar tratados internacionais que tenham por objeto a proteção dos direitos humanos. Dessa forma, a presente relativização vai ao encontro da referida proteção, na medida em que o Estado que pacificou na arena internacional⁶⁷ não pode alegar o domínio reservado, a competência exclusiva e a soberania absoluta dentro de suas fronteiras com o fito de violar ou desproteger os Direitos Humanos.

A soberania contemporânea insere-se num contexto de cooperação internacional com finalidade de alcançar a meta comum de todo e qualquer Estado, de todo e qualquer povo ou de toda e qualquer nação: a proteção dos Direitos Humanos. Esse novo intento justifica-se no cenário global para que horrores como os que marcaram o período dos conflitos bélicos mundiais não voltem a existir. É preciso que o jurista desse novo século se desapegue do enrijecimento de conceitos tradicionais e aceite que os fenômenos históricos, juntamente com as transformações da sociedade internacional, fazem com que velhos conceitos jurídicos sofram mutações.

A relativização da soberania fundamenta-se na própria aceitação da tese de que tal poder pode e deve ser limitado. Por se tratar de um conceito jurídico, a soberania encontra limites no próprio Direito. No âmbito interno, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais servem claramente como limites ao caráter absoluto da soberania, pois mesmo a vontade da maioria encontra barreiras nas cláusulas pétreas previstas no texto constitucional. No que toca ao âmbito externo, na medida em que o Estado celebra um tratado internacional ou participa de uma organização internacional, tem o dever de respeitar as suas normas, o que contribui para a autolimitação da soberania pelo Estado⁶⁸.

Deve-se aceitar a tese de que não há mais que se falar em caráter absoluto da soberania, uma vez que a necessidade de proteção dos Direitos Humanos constatada pelos próprios Estados quando da celebração de Tratados Internacionais de Direitos Humanos é incompatível com essa característica medieval da soberania. Isso não quer dizer que a soberania inexistia hodiernamente. Pelo contrário, o que se está a concordar é com a flexibilização da soberania pela própria vontade estatal em prol da proteção dos direitos humanos consagrados internacionalmente. Dessa forma, torna-se imperiosa a ideia inicialmente apresentada nesse tópico de limita-

67 Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Soberania e a proteção...*, p. 169.

68 Caso a soberania não sofresse qualquer tipo de limitação, estaríamos diante da possibilidade da prática de verdadeiros atos arbitrários pelo Estado, o que não condiz com o Estado Democrático de Direito que nós evidenciamos atualmente.

ção e/ou relativização da soberania em virtude da prevalência dos direitos humanos, como escolheu o Constituinte pátrio de 1988⁶⁹.

Diante de todos os argumentos expostos, constata-se que o dogma da soberania encontra-se redefinido, bem como relativizado, em face da prevalência dos direitos humanos e a voluntária celebração dos tratados internacionais de direitos humanos por parte dos Estados. Dessa forma, a incorporação das normativas internacionais ao direito estatal nada mais é do que uma das manifestações do exercício da soberania.

Após encerrarmos de forma breve a discussão acerca da prevalência dos Direitos Humanos, resta-nos adentrarmos de forma mais densa numa importante análise acerca da cláusula constitucional de recepção dos direitos humanos, prevista na Constituição Federal de 1988.

§ 3º A Cláusula Constitucional de Recepção dos Direitos Humanos

A Constituição Federal de 1988 estabelece um largo rol de direitos e garantias fundamentais não só no art. 5º, mais ao longo de todo o seu texto. Isso faz com que, por exemplo, os direitos sociais e os políticos também sejam negativamente incluídos no conceito de direitos fundamentais.

Mesmo com esse caráter analítico, prolixo, o legislador constituinte originário não conseguiu esgotar no catálogo constitucional os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, pois, como afirma Bidart Campos, “los derechos no se agotan en el catálogo escrito”⁷⁰.

Ciente do caráter dinâmico dos direitos, principalmente dos direitos humanos, o constituinte brasileiro de 1987/1988, a exemplo de muitos outros países, optou por adotar um modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamen-

69 A Constituição Federal de 1988 positivou em seu texto como fundamento da República Federal do Brasil a soberania. Apesar de ser um princípio fundamental, a soberania deve ser interpretada levando em consideração outros princípios, também fundamentais, escolhidos pelo legislador constituinte originário, como o já citado princípio da prevalência dos direitos humanos.

70 *LOS DERECHOS “NO ENUMERADOS” EN SU RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL*. In.: SILVA, Ricardo Méndez (coord). *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002, p. 104.

tais no ordenamento jurídico brasileiro, durante o processo de elaboração da nova Carta Política⁷¹.

A inserção desse modelo aberto não é uma novidade na ordem constitucional brasileira⁷². Da análise da Constituição republicana de 1891 pode-se identificar que o Brasil passou a adotar a referida técnica, a fim de permitir o alargamento do rol de direitos e garantias fundamentais para além da letra constitucional expressa, conforme se depreende da simples leitura do art. 78, quando preceitua que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. Essa cláusula de não tipicidade foi repetida, apenas com alteração nas palavras, na quase totalidade das posteriores Constituições brasileiras⁷³.

A atual Constituição brasileira, sofrendo forte influência da Constituição Portuguesa⁷⁴, preceitua no § 2º do art. 5º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁷⁵. Nota-se que houve um aperfeiçoamento do atual texto constitucional em relação aos anteriores, uma vez que, conforme leciona Celso de Albuquerque Mello, o referido dispositivo não é uma simples reprodução da Constituição de 1891, mas que vai muito além ao mencionar os tratados internacionais⁷⁶.

71 LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Ob. cit.*, p. 35.

72 “Note-se, aliás, que a regra-matriz dessa norma da Constituição de 1988 vem desde a Constituição norte-americana, de 1787, com a 9ª Emenda, de 1791: ‘A enumeração nesta Constituição de certos direitos não deve ser interpretada para negar ou amesquinhar outros pertencentes do povo’.” TAVARES, André Ramos. *Ob. cit.*, p. 37.

73 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 92. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 100.

74 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 284.

75 “Da análise do § 2º do art. 5º da Carta brasileira de 1988, percebe-se que três são as vertentes, no texto constitucional brasileiro, dos direitos e garantias individuais: a) direitos e garantias expressos na Constituição, a exemplo dos elencados nos incisos I ao LXXVIII do seu art. 5º, bem como outros fora do rol de direitos, mas dentro da Constituição, como a garantia da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, *b*, do Texto Magno; b) direitos e garantias implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle Jurisdicional...*, p. 23.

76 *Ob. cit.*, p. 17.

Com a finalidade de obter uma melhor compreensão da norma contida no dispositivo acima citado, necessário se faz a elaboração de uma breve análise acerca de sua engenharia por parte do constituinte originário de 1988.

O anteprojeto inicial contendo o esboço do atual § 2º do art. 5º partiu da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, uma das pertencentes à Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher⁷⁷. A referida Subcomissão realizou em 29 de abril de 1987 uma Audiência Pública, oportunidade em que foi proferida pelo Jurista Antônio Augusto Cançado Trindade uma conferência cuja temática foi “Os Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional”. Nessa palestra destacou-se, dentre inúmeras outras recomendações, a sugestão trazida pelo citado Jurista de se incluir no texto constitucional um modelo aberto de proteção dos direitos humanos⁷⁸. Como consequência da citada audiência e das ideias defendidas por Cançado Trindade⁷⁹, iniciaram-se as discussões entre os parlamentares constituintes acerca da criação de uma cláusula aberta de recepção do Direito Internacional dos Direitos Humanos pela ordem constitucional brasileira. Após várias propostas que somente variaram o texto e não a semântica, os constituintes aprovaram o teor do § 2º do art. 5º, promovendo uma inovação no sistema constitucional pátrio no que toca a abertura à proteção internacional dos direitos humanos, conforme se depreende da parte final do dispositivo⁸⁰.

A norma contida no dispositivo em tela não representa apenas uma abertura constitucional ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Mais do que isso, ela reconhece a constitucionalização dos direitos humanos oriundos dos tratados internacionais incorporados pelo Estado brasileiro⁸¹.

77 LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Ob. cit.*, p. 42.

78 *Idem*, p. 44.

79 “A contribuição de Cançado Trindade para esta interpretação remonta mesmo os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, onde propôs, baseando-se na experiência constitucional de outros países, inclusive latino-americana, que o catálogo internacional de Direitos Humanos fosse considerado como de estatuta constitucional, tal qual os direitos e garantias já consagrados no texto da Constituição. Destarte, a proposta do Professor Cançado Trindade contribuiu decisivamente para a elaboração do art. 5º, § 2º, com a referência expressa aos tratados que visam a proteger os direitos e garantias fundamentais”. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 269.

80 LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Ob. cit.*, p. 75.

81 “Essa norma do § 2º do art. 5º poderia conduzir não apenas à abertura da CB, mas, também, a uma maior integração internacional (constitucionalização dos direitos humanos assegurados em tratados e convenções internacionais), na exata medida em que um dos elementos essenciais deste mesmo preceptivo constitucional seria a possibilidade inovadora de se incluir, no rol de direitos e

Dentre outros, ponto que merece ser destacado, conforme adverte Sarlet, é que a nossa Constituição, de acordo com a redação do art. 5º, § 2º, refere-se apenas aos tratados internacionais, não mencionando as convenções ou outras espécies de regras internacionais⁸². Apesar disso, como o dispositivo em comento trata da ampliação à proteção dos direitos humanos, não se pode falar em uma interpretação restritiva. Dessa forma, a expressão “tratados internacionais”, contida na parte final do § 2º do art. 5º, deve ser interpretada em sentido *lato*, ou seja, englobando outros atos internacionais, como Convenções, Pactos e Protocolos, já que tais expressões muitas vezes não são utilizadas em sentido técnico, o que faz com que a palavra “tratado” possa ser observada enquanto gênero⁸³.

Outra questão que é digna de destaque é a natureza jurídica da norma contida no § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Trata-se de uma cláusula constitucional aberta, que permite a proteção aos direitos humanos, independentemente de condicionantes como soberania estatal e nacionalidade⁸⁴.

A exigência de positivação de uma cláusula constitucional aberta decorre do fato de que a Constituição, conforme destaca George Galindo, não é nem nunca será autossuficiente, pois a criação de novos direitos e a abertura constitucional a eles são peças fundamentais para a expansão da proteção dos direitos humanos⁸⁵. É nesse mesmo sentido que André Ramos Tavares afirma que a “perspectiva da abertura dos direitos fundamentais, ou seja, dos direitos fundamentais não serem taxativos, de obedecerem ao princípio da não tipicidade ou *clausura formal*, correspondendo, sim, à abertura material”⁸⁶. Portanto, sendo esta inerente aos direitos humanos previstos internacionalmente, serão eles considerados materialmente constitucionais.

A referida abertura objetiva a complementação ou mesmo a eventual ampliação do catálogo dos direitos fundamentais⁸⁷. Essa complementação é feita de forma condicionada ao preenchimento de certos requisitos, como a origem con-

garantias expressos na Constituição de 1988, outros direitos e princípios, decorrentes de tratados internacionais”. TAVARES, André Ramos. *Ob. cit.*, p. 37.

82 *Ob. cit.*, p. 139.

83 Cf. art. 2º, 1, ‘a’, da Convenção de Viena de 1969.

84 GARCIA, Maria. *Ob. cit.*, p. 281.

85 *Ob. cit.*, p. 287.

86 *Ob. cit.*, p. 37.

87 SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 148.

tratual da norma de direitos humanos, a conformidade constitucional dos tratados internacionais e a validade dos mesmos de acordo com o processo da ratificação⁸⁸.

Pode-se também afirmar que a abertura proporcionada pelo tão citado § 2º do art. 5º faz com que o Estado brasileiro possa ser considerado, de certo modo, como um Estado Constitucional Cooperativo⁸⁹, já que rompe suas fronteiras em prol da cooperação a proteção dos direitos humanos. Dessa forma, a referida cooperação é possibilitada por uma válvula que dá entrada a oxigenação progressiva e maximizadora de direitos inominados⁹⁰.

Como se pode observar, o § 2º do art. 5º da Carta Magna assume um papel relevantíssimo na fusão entre a ordem estatal e a internacional. Trata-se de verdadeira artéria que possibilita um fluxo contínuo de diálogo entre as fontes do Direito.

Na medida em que permite o alargamento dos direitos fundamentais através da aglutinação de normas derivadas de tratados internacionais de direitos humanos⁹¹, a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição, há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando do catálogo⁹². Portanto, torna-se inegável que os direitos humanos oriundos do sistema internacional são normas materialmente constitucionais.

Reconhecido o caráter materialmente constitucional dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, vê-se como possível a mutação da Constituição por meio do fenômeno da constitucionalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁹³. Desse modo, em virtude da cláusula constitucional de abertura material aos direitos humanos, os tratados internacionais que versam sobre

88 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Ob. cit.*, p. 38/39.

89 Cf. MALISKA, Marcos Augusto. *Ob. cit.*, p. 119.

90 BIDART CAMPOS, Germán J. *Ob. cit.*, p. 112.

91 "...tratados internacionais que consagrem Direitos Humanos em seu mais amplo aspecto são recebidos pelo art. 5º, § 2º, incluindo-se, por exemplo, os tratados versando sobre Direitos Sociais ou sobre as três vertentes dos Direitos Humanos (Direitos Humanos em sentido estrito, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados). GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 301.

92 SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 93.

93 Cf. SORIANO, Aldir Guedes. *Constitucionalização do direito internacional: uma nova forma de alteração da Constituição*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 40 n. 159 jul./set. 2003, p. 261.

a citada matéria são capazes de alterar a Constituição, desde que em prol de um aprimoramento na proteção de tais direitos.

Interessa notar que o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida pela 1ª Turma e cujo Relator foi o Min. José Delgado, conferiu hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, no caso em tela o Pacto de São José da Costa Rica, após fazer menção ao disposto no art. 5º, § 2º, mesmo em se tratando de instrumento internacional incorporado antes da E.C. nº 45⁹⁴.

No mesmo sentido, manifestou-se à unanimidade a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Habeas Corpus, cujo Relator foi o Min. Celso de Mello, ao afirmar que não mais subsiste no sistema normativo brasileiro a prisão civil por infidelidade depositária⁹⁵, independentemente da modalidade de depósito, por força da natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, em virtude do disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, como é o caso da norma prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos que veda a prisão do depositário infiel⁹⁶.

Como se pode observar das lições doutrinárias e das decisões dos Tribunais Superiores mencionadas, a cláusula aberta de recepção de novos direitos humanos eleva os tratados internacionais que versam sobre a citada matéria a categoria de normas constitucionais, ou seja, ao ápice do direito estatal. Dessa forma, em razão da supremacia que tais instrumentos internacionais assumem no ordenamento jurídico brasileiro, merecem ser devidamente aplicados por todos os órgãos estatais, com destaque para os que exercem a atividade jurisdicional.

Seção 2 - A Relação entre Constituição e o Direito Internacional

Um dos principais problemas vivenciados pelo novo Direito Internacional consiste na variedade com que as ordens jurídicas internas recebem os seus preceitos. Não há identidade constitucional no que toca as relações internacionais. As Constituições de inúmeros países divergem bastante acerca de temas como os

94 BRASIL. STJ. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS nº 18799. 1ª Turma. Min. José Delgado. Julgado em 09/05/2006. Publicado em 08/06/2006.

95 Para uma análise da questão da prisão civil por dívida no ordenamento jurídico pátrio após a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, *vide*: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

96 BRASIL. STF. HABEAS CORPUS nº 90450. 2ª Turma. Min. Celso de Mello. Julgado em 23/09/2008. Publicado em 06/02/2009.

princípios que regem as relações internacionais, competência para celebrar, aprovar e ratificar tratados, processualística de incorporação do Direito Internacional, seja consuetudinário ou convencional, *status* dos tratados internacionais, aceitação da jurisdição de Cortes e Tribunais Internacionais, dentre outros.

Essa discrepância no tratamento das questões externas se deve muito mais a desigualdade econômica, militar e social dos Estados do que mesmo a ignorância acerca da importância do Direito Internacional hodiernamente. Por mais particular que seja a cultura e a tradição jurídica de um Estado, há sempre necessidade de se relacionar com outros totalmente diferentes.

A necessidade de relacionar-se ou integrar-se com os pares ou com outros atores do cenário internacional fez com que se tornasse imperiosa a regulação a nível constitucional das relações internacionais⁹⁷.

A Constituição (Direito Constitucional) e o Direito Internacional inegavelmente devem manter uma relação íntima⁹⁸. Inicialmente, cabe à primeira fixar as normas de internalização dos preceitos emanados do segundo. Princípios que regem as relações externas do Estado, regras acerca da competência, rito de incorporação, hierarquia das normas, validade, integração, supranacionalidade e jurisdição, dentre outras, devem estar necessariamente positivadas na *Lex Suprema* de um Estado.

O Brasil não ficou de fora da realidade acima descrita. Mas antes de se delinear como a Constituição Federal de 1988 normatizou a relação entre a ordem interna e a externa, bem como positivou os princípios que regem as relações internacionais, necessário se faz uma breve incursão em outros sistemas constitucionais.

Muito embora a polêmica ainda seja relevante, não se discutirá a questão das teorias monistas e dualistas como ponto central, mas sim como as diversas Constituições analisadas pela doutrina harmonizam a relação entre o direito estatal e o internacional.

97 Conforme destaca Matthias Herdegen: “En las últimas décadas se ha manifestado una tendencia de adopción de principios del ordenamiento de derecho internacional en las propias constituciones, o al menos una tendencia a vincular de modo más fuerte el derecho nacional con los estándares internacionales. Muchas constituciones modernas han incorporado reglas del derecho internacional en el orden jurídico interno”. *La Internacionalización del Orden Constitucional*. Trad. Luis Felipe Vergara Peña. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. año XVI. MONTEVIDEO: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, 2010, p. 73.

98 “O Direito Internacional e o Direito Constitucional nada mais são que círculos em constante tensão que tendem a se tornar um só.” GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 135.

Não é exatamente nova a engenharia constitucional de positivar normas inerentes à relação entre direito estatal e internacional. Na história do constitucionalismo observa-se como marco nesse processo a Constituição norte-americana, que foi talvez a primeira a constitucionalizar a força dos tratados internacionais na ordem jurídica interna. Tal atitude do constituinte estadunidense serviu de modelo para que outros Estados também disciplinassem suas relações exteriores através da própria Constituição.

Apesar do exemplo norte-americano, no período anterior a 2ª Guerra Mundial, muito embora os constituintes de inúmeros Estados tivessem despertados para a necessidade de um tratamento constitucional do Direito Internacional, ele era bastante tímido, vez que se limitava a aspectos básicos da anteriormente citada relação. Infelizmente, até hoje inúmeras Constituições praticamente desconsideram o fenômeno em tela.

Finda a 2ª Guerra, o panorama sofreu algumas alterações. O tratamento constitucional do Direito Internacional continuou a se desenvolver em temas clássicos como divisão de competência e internalização das normas de direito internacional, porém, ocorreu uma crescente preocupação com o próprio conteúdo do Direito Internacional. Em suma, em um primeiro momento, as Constituições se preocupavam com a influência do Direito Internacional no Direito Interno e a questão da divisão dos poderes na conduta das relações exteriores. Por sua vez, num segundo momento, foi (ou está sendo) ponto de preocupação para as Constituições a organização estrutural do Direito Internacional, tornando-se elas pontos de apoio para a construção deste⁹⁹.

Nota-se que com o passar do tempo e o aprimoramento das relações internacionais, surgiu à necessidade de se ampliar a abertura constitucional ao Direito Internacional.

§ 1º Regência constitucional das relações internacionais

Algumas linhas devem ser escritas acerca da inclusão na ordem constitucional de princípios reitores das relações internacionais. Inicialmente serão trazidos breves aspectos teóricos da positivação constitucional dos citados princípios, para depois, utilizando um pouco do método comparado, aprendermos com a experiência de alguns países.

99 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 73.

Os princípios que regem as relações internacionais dos Estados foram inicialmente sistematizados na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados, elaborada pela ONU em 1970. Definitivamente, a Declaração em tela cumpriu um papel importante ao influenciar o constitucionalismo de diversos Estados na positivação de princípios regentes das relações exteriores no corpo do texto constitucional.

Tais princípios cumprem três funções básicas: a fixação de marcos normativos na condução da política externa; a instituição de limites para a política externa; além da formação de estímulos para a condução da política externa em determinado sentido¹⁰⁰. Desse modo, há que se falar na possibilidade de controle da política externa, normalmente conduzida pelo Executivo, por parte do Poder Legislativo e do Judiciário, quando houver violação aos princípios reitores das relações internacionais¹⁰¹.

Há que se sustentar, inclusive, a clara possibilidade de a jurisdição interna declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando houver violação aos princípios que regem as relações internacionais. Trata-se de um verdadeiro controle da política exterior realizado tanto pela jurisdição ordinária quanto pela própria Corte ou Tribunal Constitucional. Pode-se afirmar que os princípios que regem as relações internacionais positivados na Constituição de determinado Estado fundamentam um verdadeiro controle de constitucionalidade das relações internacionais.

Referindo-se a Constituição portuguesa, Jorge Miranda defende a possibilidade da sindicância de constitucionalidade verificar-se com fundamento nos princípios que regem as relações internacionais de Portugal, previstos no art. 7º, 1¹⁰², da citada Constituição¹⁰³.

100 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 98-99.

101 Cf. DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações Exteriores*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

102 Assim reza a Constituição da República Portuguesa de 1976: Art. 7º, 1. Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, do direito dos povos à autodeterminação e à independência, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade.

103 Afirma o constitucional-internacionalista lusitano que “estes princípios vinculam o Estado Português não apenas positiva e bilateral ou multilateralmente como ainda negativamente e em relação a si próprio. Vinculam o Estado no sentido de que os seus órgãos não podem, por actos ou omissões, limitar ou negar o direito do povo português à autodeterminação e à independência, pôr em causa a sua igualdade frente aos demais Estados, adoptar formas não pacíficas de solução de conflitos, con-

Com a ruptura de regime ocorrida com a Revolução de 1974, a Constituição da República Portuguesa de 1976 positivou os princípios que regem as relações exteriores levando em consideração, principalmente, os inúmeros conflitos existentes no plano internacional, bem como o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Os citados princípios foram colocados logo no início do texto constitucional, mas precisamente no outrora citado art. 7º.

Num contexto ainda de guerra fria, o constituinte português optou por abolir todas as formas de imperialismo, colonialismo e agressões armadas, com o fim de assegurar a segurança coletiva e a paz na ordem internacional, nos termos do art. 7º, 2 da CRP¹⁰⁴. A constitucionalização de tais princípios pela ordem portuguesa foi comentada pela doutrina brasileira no sentido de que “o Estado Português valoriza como essenciais para a conduta das relações internacionais, reputando-os como fundamentais para o Direito Internacional”.¹⁰⁵

Mas o desenvolvimento do trato das relações internacionais pela ordem interna portuguesa não se ateve a redação original do art. 7º. Após inúmeras reformas constitucionais decorrentes do fenômeno da integração europeia, notadamente as ocorridas após o Tratado da União Europeia, o de Maastricht, a criação do Tribunal Penal Internacional e ao Tratado de Lisboa, o citado dispositivo expandiu os princípios regentes das relações internacionais¹⁰⁶.

sentir ingerência nos assuntos internos de Portugal ou desenvolver cooperação com outros povos que não seja para a emancipação e para o progresso da humanidade. Seria materialmente inconstitucional, com as consequências que decorrem dos mecanismos de fiscalização (arts. 277º e segs.), por exemplo, um tratado pelo qual a República Portuguesa aceitasse restrições da sua soberania em favor de outro Estado, admitisse o tráfico de escravos ou se propusesse fazer guerras a terceiros”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 195.

104 Nos termos do art. 7º, 2. Portugal preconiza a abolição do imperialismo, do colonialismo e de quaisquer outras formas de agressão, domínio e exploração nas relações entre os povos, bem como o desarmamento geral, simultâneo e controlado, a dissolução dos blocos político-militares e o estabelecimento de um sistema de segurança colectiva, com vista à criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos.

105 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 109.

106 O art. 7º da CRP passou a contemplar no item 1 os princípios que regem as relações internacionais; no item 2 a abolição ao imperialismo, ao colonialismo e a agressões armadas, bem como a dissolução dos blocos-militares; no item 3 o reconhecimento à autodeterminação dos povos e o direito ao desenvolvimento; no item 4 a amizade e cooperação com os países de língua portuguesa; no item 5 a identidade européia; no item 6 o aprofundamento da União Europeia; e, por fim, no item 7 a aceitação a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Nessa breve análise do dispositivo em tela, observa-se o quanto Portugal evoluiu na constitucionalização das relações internacionais, enquanto que o Brasil ainda caminha a passos bastante lentos.

O papel dos princípios que regem as relações internacionais também é inegavelmente importante no direcionamento do Estado à celebração de tratados internacionais ou a incorporação e aplicação de outras fontes do Direito Internacional, assim como servem de pautas hermenêuticas para os juízes, quando da aplicação do direito interno.

Nos países mais avançados em termos de abertura da ordem interna ao Direito Internacional, como é o caso de Portugal, os princípios constitucionais reitores das relações internacionais ocupam um papel de destaque, com alta relevância, pois representam conquistas da sociedade internacional que são reconhecidas pelo constitucionalismo estatal. Tais princípios positivados na Constituição servem como veículos de interconexão entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional¹⁰⁷.

Insistir no fechamento do Estado, no levantamento de barreiras a recepção da normatividade internacional, constitui um verdadeiro retrocesso, um atentado ao novo modelo de Estado Democrático de Direito, em que uma das principais características é a limitação do poder estatal. Conforme leciona George Galindo, a promoção de um Estado de Direito passa nos dias atuais, obrigatoriamente, pelo Direito Internacional¹⁰⁸. Não aceitar tal ideia, é criar pseudobases para o Direito Interno, que uma hora qualquer se identificará com autoritarismos da pior espécie, reconhecendo a primazia de um povo sobre outro ou, até mesmo, a hegemonia de uma potência, gerando desigualdade e fragilidade institucional¹⁰⁹.

107 A interação da ordem interna com a externa, do Direito Constitucional com o Direito Internacional, somente fortalece o próprio Estado e os seus súditos, na medida em que se possibilita uma maior adaptação do primeiro às novas características do mundo globalizado, bem como uma maior proteção de valores fundamentais inerentes aos indivíduos.

108 *Ob. cit.*, p. 136.

109 Nesse mesmo sentido, manifesta-se a doutrina alemã: “El derecho internacional moderno fundamenta la comunidad internacional como um orden radicado en elementales principios y valores. La apertura de la Constitución a las obligaciones de derecho internacional determina así la capacidad estatal de interacción con el mundo exterior. La mirada a los estándares internacionales, más que um fuerte vínculo normativo, es una importante reserva de interpretación en favor de uma base intersubjetiva e intercultural para la conformación de juicios de valor. Este aporte hermenéutico tiene un gran significado en la concreción de ciertos principios constitucionales indeterminados cuyo contenido es objeto de controversia dentro del Estado”. HERDEGEN, Matthias. *Ob. cit.*, p. 80.

§ 2º Os princípios positivados no art. 4º da Constituição Federal de 1988

Muitos países preocuparam-se em preparar suas Constituições para os novos paradigmas da sociedade global¹¹⁰. O Brasil não poderia ficar de fora desse movimento. A política constitucional brasileira, ao inserir no texto da Constituição Federal de 1988 os princípios que norteiam as relações internacionais, comprova o ativismo na construção e consolidação da nova ordem internacional e de seus postulados, principalmente o da proteção aos Direitos Humanos.

A presença de normas regrando as relações internacionais não é inovação da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. As Constituições brasileiras anteriores a de 1988, sejam as promulgadas ou até mesmo as outorgadas, estabeleceram alguns princípios regentes das citadas relações, como o da independência nacional, da proibição da guerra de conquista, do uso da arbitragem e da solução pacífica das controvérsias. Com efeito, pode-se afirmar que o tratamento das relações exteriores do Estado brasileiro só se robusteceu a nível constitucional com o advento da Constituição Federal de 1998¹¹¹, notadamente com o disposto em seu art. 4º. Vejamos:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

110 Cf. DALLARI, Pedro. *Ob. cit.*, p. 16.

111 Segundo aponta Piovesan, “trata-se da primeira Constituição brasileira a consagrar um universo de princípios para guiar o Brasil no cenário internacional, fixando valores a orientar a agenda internacional do Brasil – iniciativa sem paralelo nas experiências constitucionais anteriores”. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 37.

Sob a inspiração da Constituição Portuguesa de 1976, a Carta Constitucional brasileira preceituou no já citado art. 4º um interessante rol de princípios norteadores das relações internacionais. Conforme destaca George Galindo, o dispositivo em tela “é bastante semelhante ao art. 7º da Constituição Portuguesa. Isto, no entanto, não é causa de espanto. Sabe-se que a Assembleia Constituinte não partiu de um texto-base. No entanto, ela se utilizou bastante do texto da Constituição Portuguesa de 1976 e do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos”¹¹².

Partindo da menção ao Anteprojeto de Constituição¹¹³ da referida comissão, deve-se lembrar de que a Assembleia Constituinte de 1987, diferentemente dos Congressos de 1891 e de 1934 e de forma aproximada à experiência de 1946, trabalhou sem um anteprojeto oficial, mesmo com a existência do Anteprojeto Constitucional outrora referido, que foi elaborado a pedido do próprio Executivo pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Dada sua abrangência temática e suas inovações em matéria de organização dos poderes, é bastante provável que o texto elaborado pela denominada “Comissão Afonso Arinos” venha a servir de “caderno de consultas” aos legisladores constituintes individuais, principalmente no que toca aos dispositivos relativos às relações internacionais do Brasil, inscritos nesse Anteprojeto Constitucional¹¹⁴.

Analisando de forma breve o referido anteprojeto, observa-se que logo no art. 1º, a comissão de notáveis faz constar como um dos princípios constitucionais fundamentais a “convivência pacífica com todos os povos”¹¹⁵. Continuando com a leitura, vê-se que realmente houve inspiração do constituinte de 1988 no que tange ao estabelecimento de rol inerente ao disciplinamento dos princípios que regem as relações internacionais. Da simples visão do art. 5º¹¹⁶ observa-se forte semelhança

112 *Ob. cit.*, p. 117.

113 ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL (Elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Instituída pelo Decreto 91.450, de 18-7-85), Diário Oficial, Suplemento Especial ao nº 185. 26 de setembro de 1986. Brasília-DF.

114 ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Ob. cit.*, p. 116.

115 Art. 1º. O Brasil é uma República Federativa, fundada no Estado Democrático de Direito e no governo representativo, para a garantia e a promoção da pessoa, em convivência pacífica com todos os povos.

116 Art. 5º – O Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – defesa e promoção dos direitos humanos; II – condenação da tortura e de todas as formas de discriminação e de colonialismo; III – defesa da paz, repúdio à guerra, à competição armamentista e ao terrorismo; IV – apoio às conquistas da independência nacional de todos os povos, em obediência aos princípios de autodeterminação e do respeito às minorias; V – intercâmbio das conquistas tecnológicas, do patrimônio científico e cultural da humanidade.

com o atual art. 4º da Constituição Federal de 1988, apesar de não se afirmar a perfeita reprodução do dispositivo na atual Carta Constitucional brasileira.

Outros dispositivos do anteprojeto em exame contribuíram para a construção do texto constitucional de 1988. Dentre eles, vale também destacar o art. 6º¹¹⁷ e o 7º¹¹⁸, que abordam questões como a participação do Brasil por meio de tratados na sociedade internacional e a processualística de incorporação das referidas fontes do Direito Internacional.

Acerca da natureza das normas constitucionais que abordam questões que repercutem da esfera externa do Estado, Pedro Dallari leciona que há possibilidade de se identificar em um texto constitucional várias normas que incidem no campo das relações internacionais de um Estado. Elas podem ser de três tipos: inicialmente, aquelas que expressamente fixam parâmetros para as relações externas do Estado; em segundo plano, as que, tratando de pessoas, físicas e jurídicas, e de situações que tenham algum atributo de internacionalidade, resultam em alguma interferência nas relações exteriores; as que, por estabelecerem os paradigmas fundamentais da organização social e estatal, influenciam as relações internacionais¹¹⁹.

O papel do Poder Legislativo na condução das relações externas do Estado brasileiro vem se caracterizando por certa instabilidade ao longo da história constitucional pátria. Em nosso país, “os partidos políticos, de um modo geral, e o Legislativo, em especial, sempre se caracterizaram por reduzido coeficiente de abertura internacional, o que fez com que o pêndulo da política externa pendesse sempre para o lado do Presidente e da burocracia especializada”¹²⁰. A partir do golpe militar de 1964 e do conseqüente regime centralizado instaurado, houve uma considerável diminuição da atuação do Poder Legislativo no trato e no controle das relações internacionais.

Com a redemocratização do país e a nova ordem constitucional vigente, não apenas ocorreu a inserção de novos dispositivos no que concernem as relações internacionais, mas também uma maior participação do Legislativo no controle das

117 Art. 6º – O Brasil participa da sociedade internacional por meio de pactos, tratados e acordos com os Estados soberanos, com os organismos internacionais e com as associações de relevantes serviços à causa da humanidade e ao amparo e promoção da pessoa humana.

118 Art. 7º – Os pactos, tratados e acordos internacionais dependem da ratificação do Congresso. Parágrafo único – O conteúdo dos compromissos de quem trata este artigo incorpora-se à ordem interna quando se tratar de disposições normativas, salvo emenda constitucional, se for o caso.

119 *Ob. cit.*, p. 16/17.

120 ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Ob. cit.*, p. 114.

atividades do Executivo, notadamente no que tange ao relacionamento do Brasil com os outros sujeitos da sociedade internacional.

A “Constituição Cidadã” não trouxe inovações radicais em matéria de relações internacionais, preservando, basicamente, a tradição republicana no campo da ação externa do Estado. No entanto, ela contém certo número de dispositivos originais que comprovam a vontade política do constituinte de operar um reequilíbrio nas atribuições constitucionais e responsabilidades institucionais entre o Executivo e o Legislativo numa esfera relativamente especializada da atividade governamental¹²¹.

De fato, os princípios constitucionais que regem as relações internacionais do Estado brasileiro não se aplicam somente no âmbito do Poder Executivo no que tange a condução da atuação do Presidente da República enquanto Chefe de Estado. Tais princípios embasam as competências do Congresso Nacional, já que o Parlamento Federal tem o dever de fiscalizar a condução política das relações internacionais brasileiras, bem como inserir normas na órbita interna que não violem os princípios elencados no art. 4º da Constituição Federal de 1988.

Em relação ao Poder Judiciário, conforme já fora afirmado, há total possibilidade de controle de constitucionalidade¹²² de normas ou de atos do Estado que violem os preceitos regentes das relações exteriores¹²³. Diante do exposto, vê-se que os princípios que versam sobre relações exteriores previstos na Constituição Federal constituem verdadeiros limites à atuação do Estado, obstáculos contra a arbitrariedade na condução das relações internacionais.

É nesse contexto político-jurídico apresentado que surge o já citado Direito Constitucional Internacional¹²⁴ como um possível novo ramo do Direito, que tem por objeto de estudo o acoplamento entre a ordem estatal e a internacio-

121 ALMEIDA, Paulo Roberto de. *A Estrutura Constitucional das Relações Internacionais e o Sistema Político Brasileiro*. CONTEXTO INTERNACIONAL. Rio de Janeiro. n. 12. jul./dez. 1990. p. 57.

122 “O marco normativo do art. 4º também pode ensejar o controle jurídico, pelo Judiciário, de iniciativas de política externa, na medida que se traduzem em normas suscetíveis de apreciação de constitucionalidade.” LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 19.

123 “A constitucionalização de princípios de relações exteriores viabiliza o controle político da ação externa do Estado pelo Poder Legislativo e o controle jurídico pelo Poder Judiciário”. MATIAS, João Luís Nogueira. *Ob. cit.*, p. 184.

124 “Por Direito Constitucional Internacional subentende-se aquele ramo do Direito no qual se verifica a fusão e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, interação que assume um caráter especial quando esses dois campos do Direito buscam resguardar um mesmo valor

nal através da Constituição, bem como os princípios constitucionais que regem as relações internacionais do Estado¹²⁵.

O art. 4º da CF/88 representa opção do constituinte por uma orientação tanto nacionalista como internacionalista da nova ordem constitucional e do Estado brasileiro. Nota-se que princípios como independência nacional e não intervenção trazem a manifestação nacionalista, enquanto que a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, o repúdio ao terrorismo, o racismo e a cooperação entre os povos demonstram uma preocupação internacionalista¹²⁶.

Em razão da sua amplitude *ratione materiae*, o art. 4º da CF/88 assinala uma alteração importante na tradição constitucional brasileira e configura um processo de confluência entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional¹²⁷. Ele representa uma nova tendência de abertura ao mundo, inerente a um regime em que impera a democracia. Desse modo, a referida e já comentada abertura ao Direito Internacional é mais um dos elementos que caracteriza o Estado Democrático de Direito.

O dispositivo em tela aponta para a complementariedade entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, bem como indica a irradiação de conceitos elaborados no âmbito do Direito das Gentes no plano do Direito Estatal¹²⁸, fenômenos já descritos quando da análise de outros ordenamentos jurídicos.

Acerca da importância do Direito Internacional na ordem jurídica estatal, salienta Celso D. de Albuquerque Mello, que “no futuro as próximas Constituições brasileiras deverão associar constitucionalistas com especialista em DIP”¹²⁹.

Ainda com relação ao art. 4º da Constituição Federal de 1988, não há que se questionar sua aplicabilidade. Por mais que o constituinte tenha optado por positivar princípios regentes das relações internacionais no texto constitucional, isso não quer dizer que tais normas não possam produzir efeitos concretos.

– o valor da primazia da pessoa humana –, concorrendo na mesma direção e sentido”. PIOVESAN, Flávia. *Os Direitos Humanos e o Direito...*, p. 16/17.

125 “A inclusão destes princípios na Constituição não os torna mais obrigatórios no plano internacional, mas torna mais explícita ou reforça a aceitação deles por parte do estado.” MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ob. cit.*, p. 171.

126 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Os Direitos Humanos e o Direito...*, p. 39.

127 LAFER, Celso. *Ob. cit.*, p. 01.

128 LAFER, Celso. *Ob. cit.*, p. 13/14.

129 *Ob. cit.*, p. 171.

Inegavelmente, tais princípios tornam não recepcionadas quaisquer normas que com eles sejam incompatíveis, servem de parâmetro para controle de constitucionalidade, de vetores na condução das políticas exteriores do Estado, e, por fim, tão importante quanto os aspectos anteriores, norteiam a interpretação dos operadores do Direito no que tange a elaboração e aplicação de dispositivos constitucionais ou normas infraconstitucionais que possam refletir no âmbito do sistema jurídico internacional¹³⁰.

§ 3º A internacionalização do Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito Internacional

Diante das ideias até aqui expostas, observa-se que a Constituição passa por um processo de internacionalização, enquanto que não seria difícil dizer que o Direito Internacional também sofre uma guinada, um verdadeiro processo de constitucionalização.

Paulo Bonavides, lembrando-se de autores nacionais e estrangeiros, já se manifestou nesse sentido ao preceituar que atualmente são duas tendências observadas no campo institucional e que alguns juspublicistas, como González e Arinos, compendiam numa terminologia bastante clara e adequada – a internacionalização do Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito Internacional – são suficientemente fortes para inculcar o grau de influência mútua verificada entre as mencionadas disciplinas¹³¹.

A internacionalização do Direito Constitucional, mais uma vez na lição de Bonavides, afirma-se na recepção de preceitos de Direito Internacional por algumas Constituições modernas, que incorporam e chegam até a integrar o Direito externo na órbita interna (preceitos incorporativos: Constituição alemã de 1919, art. 4º; Constituição espanhola de 1931, art. 7º; e preceitos integrativos: Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, art. 26). Para o citado autor, internacionalizar o Direito Constitucional seria positivar no texto da Constituição normas oriundas ou baseadas no Direito Internacional¹³². O fenômeno em tela consistiria, portanto, na influência das normas internacionais no texto da Constituição.

130 Nesse sentido, leciona Cármen Lúcia Antunes Rocha que “as normas contidas no art. 4º da Constituição da República têm natureza de princípios, mas nem por isso se poderia considerar, por mero e desarrazoado equívoco, serem elas de eficácia limitada ou sem vigor para produzir efeitos concretos”. *Ob. cit.*, p. 295.

131 *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47.

132 *Idem*.

Apesar de bastante lúcido, o sentido trazido por Paulo Bonavides não parece unívoco. Dando outra conotação a expressão referida, Cármen Lúcia afirma que parte da doutrina se refere à internacionalização do direito constitucional, proposição segundo a qual as normas conformadoras do sistema de Direito Internacional passariam a operar e a dotar-se de eficácia no plano interno pela recepção automática do quanto regulamentado por meio de tratados, protocolos, acordos e outros instrumentos da mesma natureza¹³³. Nota-se que o sentido trazido pela autora acima se traduz na positivação de cláusulas de abertura e/ou recepção do Direito Internacional pela Constituição.

A doutrina colombiana manifesta-se no sentido de que a internacionalização do Direito Constitucional consiste na caracterização da normatividade internacional como fonte do direito estatal. Conforme destaca Manuel Fernando Quinche Ramírez:

[...] la internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del Derecho Internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado¹³⁴.

Outros autores tratam a internacionalização do Direito Constitucional como sinônimo de Constitucionalização do Direito Internacional¹³⁵.

Diante dos conceitos e da divergência descrita, pode-se dizer que o embate conceitual acerca da internacionalização do Direito Internacional divide a doutrina em duas frentes: a primeira afirma que o fenômeno em tela consiste na

133 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ob. cit.*, p. 289.

134 *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. núm. 12, julio-diciembre 2009, p. 169.

135 É o que se depreende da doutrina chilena: “...en virtud del tal internacionalización se trazan vínculos relevantes entre el Derecho interno y el internacional, enriqueciéndose sobre la base del principio de complementación recíproca. Pero, además, em el Derecho Constitucional se experimenta um processo nuevo, susceptible de ser denominado, indistintamente, *Constitucionalización del Derecho Internacional* o *Internacionalización del Derecho Constitucional*. A raíz de ello, em muchos países las Constituciones han tenido que ser modificadas para contemplar, con cualidad permanente, la incorporación de los tratados al orden jurídico interno”. EGAÑA, José Luis Cea. *Aproximación a la Teoría Constitucional Contemporánea*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 1, n. 1, 2003, p. 38.

positivação no texto constitucional de normas internacionais; enquanto que a segunda consiste também na positivação no texto constitucional, só que dessa vez de cláusulas de abertura e/ou recepção do Direito Internacional¹³⁶.

Apesar de ser conhecedor de que conceitos como o de internacionalização do Direito Constitucional demoram, muitas vezes, anos para se sedimentarem, resta-nos a descrição da citada internacionalização como a positivação de normas e conceitos inerentes ao Direito Internacional no próprio texto da Constituição. Concorde-se, dessa forma, com a conceituação trazida pelo Prof. Bonavides.

Resta-nos a análise da segunda vertente apresentada, a constitucionalização do Direito Internacional.

Bonavides pronuncia-se acerca da citada constitucionalização, no sentido de que ela se manifesta “através da inspiração que a ordem constitucional oferece aos internacionalistas, abraçados, com fervor, à ideia de implantação de uma comunidade universal de Estados, devidamente institucionalizada”¹³⁷.

A ideia de comunidade universal de Estados não é tão nova assim. Há muito Kant já defendia a elaboração de uma Constituição Cosmopolita¹³⁸, baseada na paz perpétua entre todos os Estados. Essa Constituição traria normas fundamentais e vinculantes para todos os membros da Comunidade internacional. De certo modo, a relevância da citada Constituição consistiria em garantir a segurança ao acesso igualitário de todos os cidadãos, independentemente da nacionalidade, as decisões politicamente adotadas pela Comunidade de Estados. Mas tal Constituição não estaria baseada em uma forma coletiva ou cultural comum. Pelo contrário, ela seria oriunda da inclusão de posições e referências culturais diversas¹³⁹. Não se

136 “La internacionalización del derecho constitucional opera para cada caso en los planos del derecho interno, en la medida en que cada uno de los Estados fija el lugar que deben ocupar los tratados públicos y sus normas”. RAMÍREZ, Manuel Fernando Quinche. *Ob. cit.*, p. 169.

137 *Ob. cit.*, p. 47.

138 “A constituição cosmopolita é um corpo de lei que codifica os direitos e as obrigações de todas as pessoas e Estados, além de ser universalmente vinculadora”. HAYDEN, Patrick. *Kant, Held e os Imperativos da Política Cosmopolita*. Trad. de Nuno Coimbra Mesquita. Impulso, Piracicaba, 15(38): 2004, p. 88.

139 “La relevancia de tal constitución radica en que mediante esta se aseguraría el acceso igualitario de los ciudadanos del mundo a las decisiones políticamente vinculantes adoptadas desde los distintos sistemas funcionales en un nivel superior de diferenciación. Por ende, ella no estaría basada en una forma colectiva y cultural común; muy por el contrario, esta permitiría la inclusión de posiciones y referentes culturales diversos, asumiendo de esta manera la complejidad que caracteriza a la sociedad moderna actual”. AZÓCAR, Gabriela. *Del origen del derecho internacional público a la discusión sobre*

trataria de uma norma emanada da vontade de uma pequena parcela da sociedade internacional. Não ocorreria uma espécie de “ocidentalização” global. O que se poderia verificar com o sentido de Constitucionalização do Direito Internacional em tela, seria uma manifestação democrática mundial, uma manifestação constituinte mesmo sem a utópica existência de um Estado Global, em que o relativismo seria respeitado e as intercessões entre os sistemas jurídicos seriam positivadas em um texto emanador de um Direito comum¹⁴⁰.

No sentido acima referido, manifesta-se Otávio Cançado Trindade que a “constitucionalização do direito internacional”, viria a ser o processo de formação de um direito internacional objetivo, que vincula as relações entre os sujeitos do direito internacional. Trata-se da “juridificação” dessas relações¹⁴¹.

Alguns defendem que esse direito internacional objetivo já existe, ou seja, que a norma cosmopolita já se manifesta através da Carta das Nações Unidas¹⁴². Nesse sentido, há quem sustente que a Carta da ONU atingiu o *status* de Constituição da comunidade universal de Estados. Uma verdadeira Constituição em sentido formal. Um conjunto de regras de direito internacional superiores em relação às demais normas, sendo sua existência pré-condição para a validade das demais normas do ponto de vista lógico e jurídico¹⁴³.

Vários são os argumentos trazidos para a defesa da adjetivação da Carta das Nações Unidas como tendo a natureza de Constituição universal¹⁴⁴. Inicialmen-

su constitucionalización. Persona y Sociedad. Universidad Alberto Hurtado. v. XXII. n. 1. 2008, p. 37.

140 Talvez eu viva o suficiente para me deparar com a transição da utopia para a realidade.

141 *A constitucionalização do direito internacional Mito ou realidade?* Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, p. 271.

142 Cf. KOWALSKI, Mateus. *A Carta das Nações Unidas como “Constituição” da comunidade internacional*. NegóciosEstrangeiros. n. 15 Dezembro de 2009, p. 31.

143 TRINDADE, Otávio Cançado. *Ob. cit.*, p. 278.

144 “Apesar de se tratar de um tratado constitutivo, são observáveis na Carta das Nações Unidas fenômenos normalmente só observáveis nas ordens constitucionais estaduais. A Carta assume-se como matriz do Direito Internacional imperativo, estabelecendo uma hierarquia das obrigações convencionais, cujo topo ocupa. A Carta fornece alicerces ao sistema de promoção e protecção de direitos humanos no contexto da comunidade internacional, em concretização de uma sua preocupação fundamental. Até o regime de modificação da Carta, que procura traduzir a vontade geral dos membros da comunidade, é mais próximo do observável nas constituições estaduais, do que nos tratados em geral, onde prevalece o clássico princípio do consentimento. Tudo articulado pelo sistema institucional das Nações Unidas”. KOWALSKI, Mateus. *Ob. cit.*, p. 53.

te, defende-se a manifestação de um “momento constitucional”. Não bastando por si só, ainda há que se falar no argumento de que a citada Carta prevê as funções básicas de governo, ou seja, o modo de criação e de aplicação do Direito, ainda que sem a clara separação orgânica de funções verificada no direito interno¹⁴⁵. Ainda há outro forte argumento a ser defendido. A pretensa hierarquia da Carta em relação às outras normas, internas ou externas, já que os seus preceitos devem ser obedecidos tanto por membros quanto por não membros da ONU, leva parte dos internacionalistas a manifestarem-se no sentido da atribuição de caráter vinculante e cogente das normas dela emanadas.

O pensamento de que a Carta de São Francisco tem a natureza de Constituição encontra corrente doutrinária em sentido contrário¹⁴⁶, sendo que alguns autores não questionam a existência de uma Constituição global, mas sim a qualificação da citada Carta como tal¹⁴⁷.

145 TRINDADE, Otávio Cançado. *Ob. cit.*, p. 271.

146 Será porventura excessivo chamar “Constituição” à Carta procurando estabelecer um paralelo com a lei fundamental de um Estado. As Nações Unidas não são um Super-Estado. Não é possível equiparar a estrutura do poder de um Estado à das Nações Unidas. A comunidade internacional é, ainda, mais caracterizada pela soberania igual dos Estados do que pela sua subordinação a um ente superior estabelecido pela Carta, que funcione como uma autoridade central encarregue de fazer valer a “ordem constitucional” estabelecida. KOWALSKI, Mateus. *Ob. cit.*, p. 54.

147 É o que se depreende das lições de alguns autores sintetizadas por Otávio Cançado Trindade: Outra corrente constitucionalista no direito internacional não associa a Carta da ONU com a constituição da sociedade internacional. Hermann Mosler (1974) e Christian Tomuschat (1993) argumentam que a constituição da sociedade internacional são aquelas normas e princípios que dizem respeito à criação, validade e extinção do Direito. Em seu Curso na Academia de Direito Internacional da Haia, em 1974, Mosler considera a sociedade internacional uma comunidade regida pelo direito. A constituição estabeleceria o fundamento da validade do sistema jurídico do qual derivam as obrigações nessa comunidade. Os valores jurídicos fundamentais da comunidade, por sua vez, formariam a *ordem pública internacional*. Para Mosler, a constituição da sociedade internacional não coincidiria, necessariamente, com a Carta das Nações Unidas. Tomuschat (1993) recupera o tema da comunidade internacional em seu Curso da Academia de Direito Internacional da Haia de 1993. O autor considera a comunidade internacional uma entidade jurídica regida por uma constituição, cujos principais elementos são normas sobre a criação, aplicação e adjudicação do direito. Tomuschat (1993), no entanto, vai além de seu antecessor ao considerar que existe um arcabouço jurídico – ou constituição – que determina certos valores comuns que independem do consentimento dos Estados. A principal característica da constituição internacional seria, portanto, seu caráter objetivo. Apesar de não identificar a Carta como a constituição internacional, Tomuschat (1993) considera-a um tratado, como outros tratados globais, que concretizam princípios constitucionais da ordem jurídica internacional. *Ob. cit.*, p. 271/279.

Como visto, se a Carta da ONU não for encarada como uma Constituição global, cosmopolita no sentido kantiano, não quer dizer que não há uma norma objetiva suprema na comunidade internacional. A citada Constituição seria formada pelo conjunto de normas baseadas em práticas sociais aceitas e legítimas pela grande maioria dos membros da sociedade global, como a proteção do indivíduo. Desse modo, tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, direito humanitário, direito ambiental, direito dos refugiados, dentre outros, e até mesmo as Convenções de Viena sobre Direitos dos Tratados, viriam a formar um conjunto de normas constitucionais unificado, coerente e vinculante, oriundas de um processo democrático relativista a nível global. Não há que se falar em um único texto com natureza *Lex mater*, mas sim de vários tratados oriundos de um complexo e contínuo processo constituinte internacional¹⁴⁸.

Mas nem tudo é tão perfeito assim. Críticas ou pelo menos maiores reflexões devem ser feitas quando se trata da defesa da existência de uma Constituição global. Constituição sem Estado? Constituinte sem Estado? Qual foi a ruptura que gerou essa nova ordem constitucional global? E o consenso na elaboração da citada Constituição? Esses são apenas alguns questionamentos que colocam, no mínimo, em dúvida o caráter de norma constitucional global da Carta de São Francisco ou mesmo de outros tratados internacionais de direitos humanos.

Quanto à desnecessidade de um consenso e a derrubada do universalismo como pilar de uma constituição global, manifesta-se Otávio Cançado Trindade no sentido de que esse entendimento está na contramão do constitucionalismo contemporâneo. Este é pautado, precisamente, no pluralismo, entendido como a recusa de uma visão única de bem/interesse comum. A primeira etapa da construção de uma Constituição é a negação de qualquer forma pontual de bem/interesse comum. Ele é inerentemente incompleto e, por consequência, sempre aberto a uma busca incessante de completude nas diversas concepções de bem/interesse de uma sociedade¹⁴⁹. Desse modo, o universo pluralista é que deve imperar em uma Cons-

148 “No direito internacional, como vimos, a despeito de alguns autores identificarem sua constituição exclusivamente na Carta da ONU, a maioria dos autores a entende como um conjunto de normas imperativas que podem, ou não, ser encontradas na Carta. Há normas constitucionais que seriam, a exemplo da constituição medieval, costumeiras, isto é, decorrentes de uma prática reiterada pelos Estados considerada obrigatória (*opinio juris*). Há autores que entendem que só uma norma costumeira pode adquirir a qualidade de constitucional. Segundo Brownlie (1998, p. 513), para uma norma ser considerada *jus cogens*, portanto constitucional, ela deve ser, antes de tudo, consuetudinária”. TRINDADE, Otávio Cançado. *Ob. cit.*, p. 282.

149 *Ob. cit.*, p. 281.

tuição de nível global e não a imposição ilegítima ou até mesmo antidemocrática da ideologia política/jurídica de alguns, mesmo que maioria, em detrimento do pensamento de significativa parcela da comunidade internacional que pensa diferente. Somente com o reconhecimento do pluralismo/relativismo como pilar de uma norma cogente, vinculante e suprema de nível global é que os maiores bens/interesses mundiais serão protegidos, o respeito às identidades nacionais e a proteção dos seres humanos¹⁵⁰.

Em suma, pode-se afirmar que a primeira ideia de constitucionalização do Direito Internacional consiste no reconhecimento da Carta da ONU ou mesmo de um conjunto de outros tratados de direitos humanos como norma constitucional global¹⁵¹, ou seja, constitucionalizar o Direito Internacional significa “reproduzir conceitos do constitucionalismo nacional no direito internacional”¹⁵².

A doutrina mexicana defende que a importância de uma opinião pública mundial reflete-se na existência de uma comunidade internacional aberta e plural. Essa interação entre os atores do cenário internacional propicia a formação de um consenso que pode resultar na construção de um discurso plural e comunicativo como característica do cosmopolitismo contemporâneo¹⁵³. Somando esses fatores com as novas vertentes do constitucionalismo contemporâneo, deve-se defender senão a atual existência de uma Constituição mundial, mas pelo menos o estabelecimento dos alicerces teóricos e práticos, políticos e jurídicos, para sua elaboração e/ou reconhecimento.

Vê-se diante do exposto, que há uma significativa influência do Direito Constitucional para com o sistema internacional, o que leva mais uma vez a admitir

150 “En el contexto del marco normativo de los derechos humanos en el Derecho Internacional, hoy en día es perfectamente posible hablar de un Derecho Internacional Constitucional a través de cuyas normas se articula el sistema constitucional internacional que regula el régimen de derechos que son esenciales para la comunidad internacional, en definitiva, que constituyen el corazón y el alma del orden constitucional de la comunidad internacional, configurándose como el fundamento último del orden público internacional”. CAVALLLO, Gonzalo Aguilar. *LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 5, N° 1, 2007, p. 233.

151 “La constitucionalización del Derecho Internacional consiste en un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constituciones del orden internacional, que implican la supremacía y respeto de los derechos humanos”. RAMÍREZ, Manuel Fernando Quinche. *Ob. cit.*, p. 169.

152 TRINDADE, Otávio Cançado. *Ob. cit.*, p. 283.

153 TORO HUERTA, Mauricio Iván del. *Ob. cit.*, p. 354.

que “a Internacionalização do Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito Internacional são fenômenos não somente complementares, como também concomitantes”¹⁵⁴.

Da discussão momentaneamente trazida, constata-se que a política constitucional brasileira caminhou no sentido de incorporar ao texto da Constituição preceitos oriundos do Direito Internacional. Em assim agindo, o Constituinte de 1988 elevou as normas emanadas do sistema jurídico internacional à condição de fontes do direito estatal, desde que devidamente internalizadas.

Com efeito, as citadas normas, notadamente os tratados internacionais de direitos humanos, devem ser aplicadas pelo Estado brasileiro como forma de cumprir os pactos assumidos. Portanto, todo o aparato estatal, inclusive o Poder Judiciário, está sujeito ao dever de aplicar as normas advindas do Direito Internacional, bem como a pautar-se nos princípios que regem as relações internacionais, por força do que determina a própria Constituição.

154 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 79.

Capítulo 3. OS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ASSUMIDOS PELO ESTADO BRASILEIRO

A partir de agora surge a necessidade de explorar os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, destacando o amplo rol de Tratados Internacionais de Direitos Humanos celebrados, sejam os de caráter cogente (*hard law*) ou as Declarações com natureza de *soft law*, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹ e a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993.

A intenção ao mencionar os pactos e convenções ratificados pelo Brasil em matéria de Direitos Humanos está longe de ter por finalidade exaurir a lista de atos internacionais, mas sim demonstrar o avanço do nosso país na ratificação/adesão de instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, o que nem sempre se traduz numa efetividade desses direitos no âmbito interno, bem como apresentar o amplo leque de instrumentos normativos internacionais que um magistrado poderá fazer uso para proteger os direitos humanos.

Dado o citado déficit de efetividade de aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, notadamente pela Jurisdição brasileira, necessário se faz que algumas linhas sejam escritas acerca da responsabilidade do Estado brasileiro pelo descumprimento do que fora pactuado nos oportunamente referidos tratados internacionais². Nesse momento, além de lições doutrinárias e da menção a dispositivos previstos em atos internacionais, vale destacar algumas decisões da

1 Há forte posicionamento no sentido da força cogente da DUDH.

2 “A responsabilidade internacional é imputada ao Estado quando este não utilizou todos os meios à sua disposição para sanar e reparar uma violação aos direitos humanos ocorrida em seu território. A utilização de todos os meios disponíveis implica numa obrigação de executar de forma diligente e sem dilações as atividades específicas que permitem aos indivíduos o gozo de seus direitos”. DULITZKY, Ariel E; GALLI, Maria Beatriz. *Ob. cit.*, p. 58.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que toca ao tema da responsabilidade internacional do Estado por violação aos Direitos Humanos.

Inegavelmente, o Brasil ainda tem muito que avançar no que tange a incorporação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, principalmente no que concerne a solução de querelas referentes à processualística de incorporação dos atos internacionais e ao dever de aplicação pela jurisdição interna.

Dessa forma, apresentado o resultado da agenda internacional do Brasil acerca da temática global dos Direitos Humanos, passa-se a analisar de forma breve, do ponto de vista legislativo (constitucional), jurisprudencial e doutrinário, o regime geral de incorporação dos tratados internacionais.

Fixadas as premissas básicas da incorporação dos tratados internacionais pelo Estado brasileiro, passa-se a uma abordagem específica da aglutinação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio. Tendo enfrentar algumas questões que ainda se encontram em aberto na doutrina e na jurisprudência, serão trazidas ideias acerca do art. 5º, § 3º da CF/88, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Não só questões processualísticas serão abordadas, mas também as consequências jurídicas da incorporação a nível constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados com o rito do dispositivo em tela no Bloco de Constitucionalidade brasileiro³.

Seção 1 – Os tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro

Seguindo a tendência de inúmeros Estados democráticos e em observância ao princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos, o Brasil passou a celebrar e manifestar a sua adesão a inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A importância dos referidos tratados é incontestável no que tange a complementariedade⁴ ao catálogo de direitos fundamentais insculpidos pela ordem constitucional.

3 “...a definição de bloco de constitucionalidade ainda carece de aprimoramento no país, tanto em relação aos seus elementos integrantes, quanto em relação ao debate em torno das consequências advindas do seu reconhecimento”. BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. *Para Além do Debate em Trono da Hierarquia dos Tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos*. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n. 19, jun./dez 2011, p. 11.

4 “A referida complementariedade indica uma dialética entre o interno e o internacional relativamente à proteção dos direitos humanos, na qual as transformações em uma esfera repercutem direta-

O legislador constituinte brasileiro de 1988 visivelmente obteve inspiração no vasto rol de Direitos Humanos previstos nas fontes do Direito Internacional, notadamente nos atos internacionais, sejam os de natureza imperativa ou até mesmo os de caráter meramente declarativo.

O reconhecimento da importância em inserir-se no cenário mundial e regional de proteção dos Direitos Humanos além das fronteiras domésticas encontrou um grande relevo na agenda internacional do Estado brasileiro. Pode-se dizer que o robustecimento desse fenômeno deu-se, notadamente, com a influência exercida por Organizações Internacionais na política internacional brasileira.

Nesse prisma, vale destacar o papel desempenhado pela Organização das Nações Unidas (ONU)⁵, a nível global, e pela Organização dos Estados Americanos (OEA), a nível regional. Essas duas organizações internacionais impulsionam o sistema global e o regional de proteção dos Direitos Humanos que o Brasil participa.

Mesmo diante da previsão da promoção e estímulo ao respeito aos Direitos Humanos sendo característica marcante na Carta das ONU⁶, a Assembleia Geral das Nações Unidas, partindo do que fora alicerçado em São Francisco, elaborou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A presente Declaração⁷ passou a reconhecer como tema global a proteção dos Direitos Humanos e a atestar a existência de direitos que impõem obrigações negativas, como os civis e políticos, e direitos que acarretam uma obrigação positiva, como os econômicos, sociais e culturais⁸.

mente na configuração da outra”. AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional Dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 30.

5 O respeito aos direitos humanos, ademais, tem sido realçado em inúmeras iniciativas das Nações Unidas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. GARCIA, Emerson. *Ob. cit.*, p. 27.

6 “A Carta não só contribui para a internacionalização dos direitos humanos como também para tornar claro que a protecção dos direitos humanos é um meio importante para assegurar a paz mundial”. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 123.

7 “...ela pode ser qualificada como um evento-matriz no trato dos direitos humanos em escala mundial...”. LAFER, Celso. *Comércio...*, p. 179.

8 GARCIA, Emerson. *Ob. cit.*, p. 28.

Ao contrário da Carta das ONU⁹, para muitos a referida Declaração não possui natureza cogente, vez que não chegou a qualificar-se como tratado, mas sim como mera declaração¹⁰, vez que não houve a anuência dos Estados concretizada com a ratificação de tão importante instrumento de proteção dos Direitos Humanos.

Vozes em sentido contrário a ausência de imperatividade da referida Declaração são brandidas na doutrina pátria¹¹, principalmente sob os argumentos da fundamentalidade dos direitos protegidos pela Declaração, bem como na característica *jus cogens* de suas normas.

Outro argumento relevante a ser apontado é a natureza costumeira da Declaração, o que faz com que ela sirva de fonte primária do Direito Internacional e secundária do Direito interno, bem como de *standard* hermenêutico para o intérprete de normas protetivas dos Direitos Humanos.

Com a clara finalidade de conferir obrigatoriedade às normas preceituadas pelo sistema onusiano de proteção dos Direitos Humanos e com a necessidade de avançar na referida proteção, a ONU resolveu integrar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, precisamente em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Juntos, Declaração e Pactos Internacionais formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos, também conhecida como *International Bill of Rights*¹².

Elaborada a base minimamente necessária para o alicerçamento internacional da proteção dos Direitos Humanos em caráter geral, a ONU passou a empreender esforços para que os Estados ratificassem Tratados Internacionais de

9 “...deve salientar-se que, por força da eficácia *erga omnes* das normas da Carta, os seus preceitos sobre direitos humanos são obrigatórios para todos os membros da comunidade internacional e não apenas para os membros das NU”. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 124.

10 “...sob um enfoque estritamente legalista (não compartilhado por este trabalho), a Declaração Universal, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. Nessa visão, assumindo a forma de declaração (e não de tratado), vem a atestar o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados”. PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 159.

11 “A Declaração Universal dos Direitos Humanos reflete uma ‘síntese axiológica’ dos direitos humanos reconhecidos pela ‘consciência jurídica universal’, o que lhe confere (1) a imperatividade característica do *ius cogens* e (2) força autônoma e heterovinculativa para todos os Estados”. GARCIA, Emerson. *Ob. cit.*, p. 31.

12 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 160.

Direitos Humanos de proteção específica, seja a minorias, a gêneros ou a situações determinadas.

Paralelamente a atuação onusiana, a OEA também colabora de forma significativa com a proteção dos Direitos Humanos no plano regional, precisamente o americano.

Como início desse processo, encontra-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada em 30 de abril de 1948, portanto anterior a Declaração Universal, e a Carta da OEA. Instrumentos internacionais que além de reafirmar o respeito ao fundamento da dignidade da pessoa humana, procuraram dissociar os direitos dos indivíduos da respectiva nacionalidade, preconizando que o seu fundamento reside nos atributos da pessoa humana e que as instituições políticas têm como principais fins o dever de protegê-los e de criar as condições necessárias ao seu desenvolvimento¹³.

Muito mais caracterizada pelos delineamentos morais, a Declaração Americana, assim como a Universal, tem sua condição jurídica muito criticada por parte da doutrina. Os fundamentos são os mesmo já levantados contra a força cogente da Declaração Universal. O principal deles, sem dúvida, é a não natureza de tratado da Declaração Americana, o que afeta, para alguns, sua imperatividade. Vale lembrar que os tratados internacionais não são a única fonte do Direito Internacional. Dessa forma, torna-se relevante o reconhecimento dos preceitos da Declaração Americana como costume internacional regional.

Acerca do valor normativo da referida Declaração, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a opinião de que a citada é fonte de obrigações internacionais¹⁴, cabendo à própria Corte interpretar os termos da Declaração¹⁵, já que ela também faz parte do Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos¹⁶.

13 GARCIA, Emerson. *Ob. cit.*, p. 34.

14 Cf. CIDH. *Opinión Consultiva OC-10/89*: Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la CADH, 14 jul. 1989, p. 45.

15 *Idem*, p. 48.

16 Quando se fala em Sistema Americano de proteção dos Direitos Humanos, deve-se constatar o avanço ocorrido com a celebração da Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, mas que entrou em vigor somente em julho de 1978, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado, bem como de inúmeros outros tratados internacionais.

De certo modo, há que se reconhecer que o sistema global e o regional americano em momento algum são antagônicos ou, como alguns defendem, antinômicos. Eles complementam-se na proteção dos Direitos Humanos. Em caso de eventual conflito aparente de normas oriundas desses ou de qualquer outra fonte, deve-se aplicar a interpretação *pro homine*, ou seja, o princípio da prevalência da norma mais favorável.

Não se pode afirmar que o Brasil não vem ratificando ou aderindo aos inúmeros tratados internacionais que compõe os sistemas já relatados. O que se tem grande dificuldade no nosso país é de efetivar os Direitos Humanos consagrados internacionalmente, sobretudo através da ainda precária aplicação desses tratados pela jurisdição doméstica, pois muitos juízes, infelizmente, desconhecem o teor dos tratados ou a sua importância.

O Estado brasileiro, notadamente nas décadas de 50 e 60, deu os primeiros passos na celebração e/ou ratificação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Porém, o marco inicial do processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito brasileiro deu-se com a ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Mulher¹⁷.

A ampliação da importância dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil, bem como a sua participação nas discussões internacionais envolvendo a presente temática deu-se, notoriamente, com a fase de redemocratização vivenciada em meados da década de 80. Com efeito, pode-se até reconhecer que a preocupação em proteger os Direitos Humanos está intimamente ligada à maneira democrática de um governo. Diante do exposto, é verossímil a afirmação de que para a caracterização de um Estado como democrático, necessário se faz que ele promova a proteção dos Direitos Humanos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 um novo fôlego foi dado ao primado dos Direitos Humanos e a abertura ao Direito Internacional. Conforme já fora afirmado, diversos princípios e regras foram positivados no texto constitucional com a finalidade de possibilitar uma maior integração entre a ordem jurídica estatal e a internacional, principalmente no que toca ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Imbuído de novo espírito democrático e com a necessária fundamentação constitucional para proteção dos Direitos Humanos, o Estado brasileiro passou

17 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 284.

a celebrar, aderir e ratificar inúmeros tratados internacionais que versam sobre o tema referido, seguindo a tendência de outras democracias emergentes e liderando esse movimento na América Latina.

Constatado que a sociedade internacional e o seu consequente ordenamento jurídico protegem os Direitos Humanos através da positivação da citada tutela nas fontes do Direito Internacional, bem como a importância em ratificar tais atos internacionais pelo Estado brasileiro, necessário se faz uma breve abordagem dos principais instrumentos normativos internacionais incorporados pelo Brasil em matéria de Direitos Humanos¹⁸, sejam as normas de natureza cogente ou mesmo as de natureza declaratória.

§ 1º Normas cogentes

A proteção dos direitos humanos atualmente é caracterizada por uma pluralidade de fontes jurídicas heterogêneas, que se complementam e se robustecem em seu intento¹⁹. Ambos, Direito Estatal e Direito Internacional contribuem com normas de ordem pública, de acatamento obrigatório por todos, para assegurar a promoção e a preservação dos direitos que gravitam em torno da dignidade da pessoa humana.

No plano do Direito Internacional, encontram-se os tratados internacionais como uma das principais fontes, talvez por ser a mais utilizada. Com efeito, os tratados não são meras declarações de mero caráter político e não vinculante. Como fontes de Direito que inegavelmente são, visam, assim como ato jurídico, gerar efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações e ensejando a possibilidade de sanções por seu descumprimento, revestindo-se, portanto, de caráter absolutamente obrigatório para as partes que pactuaram seu conteúdo²⁰.

18 “[...] à ampliação do rol de atos internacionais de proteção dos direitos humanos não pode ser associada uma ampla e irrestrita derrocada das feições clássicas do conceito de soberania: em regra, as convenções internacionais vinculam unicamente aos Estados partes, o que é reflexo da perspectiva contratualista dos tratados, não sendo incomum a realização de reservas às suas disposições”. GARCIA, Emerson. *Ob. cit.*, p. 47.

19 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

20 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Ob. cit.*, p. 85.

Diferentemente de algumas Declarações²¹, os tratados internacionais em vigor devem ser observados por todas as partes. Dessa forma, não há que se falar em uma faculdade destas, mas sim de uma obrigação imposta pelo sistema jurídico internacional, conforme se depreende da leitura do art. 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, pois a obrigação de respeitar os tratados é um princípio necessário do Direito Internacional Público. Além disso, a referência à boa-fé bem demonstra a necessidade de uma convivência harmoniosa entre os Estados, o que não seria possível sem o cumprimento das normas nascidas no âmbito da sociedade internacional²².

Mas os tratados internacionais não servem apenas como fonte do Direito Internacional. Conforme já fora demonstrado, no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 expressamente os admite como fonte do direito interno. Desse modo, todos os poderes do Estado, todos os órgãos estatais, independentemente do poder a qual se subordinam, tem a obrigação de observar e aplicar as normas contidas nas fontes do Direito Internacional, notadamente nos tratados internacionais. O desrespeito à normatividade internacional por parte de um Estado pode ensejar a responsabilidade internacional do mesmo. Fato este que não pode ser esquecido pelos agentes públicos, principalmente pelos que compõe o Poder Judiciário²³.

No caso do Direito Internacional dos Direitos Humanos não poderia ser diferente. Os tratados internacionais também são considerados fontes por excelência²⁴. Apenas há que ressaltar algumas particularidades que caracterizam os tratados internacionais de direitos humanos. Dentre outras, pode-se citar a especial força normativa²⁵ emanada, principalmente, da veiculação de normas de *jus cogens* por tais instrumentos internacionais, o que os faz superiores no que toca a hierarquia das normas da sociedade internacional²⁶. Com efeito, dar-se essa superioridade normativa dos referidos tratados em virtude de terem por finalidade concretizar os

21 “É expressão utilizada para aqueles que estabelecem certas regras ou princípios jurídicos, ou ainda para as normas de Direito Internacional indicativas de uma posição política comum de interesse coletivo”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011, p. 57.

22 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos...*, p. 190/191.

23 *Idem*, p. 196.

24 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Ob. cit.*, p. 643.

25 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais...*, p. 106.

26 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos...*, p. 276.

princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, ambos *jus cogens* por natureza²⁷.

É em virtude do relevante papel dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos que os Estados, particularmente o Brasil, têm buscado pautar sua política internacional na celebração/incorporação do maior número possível de tratados internacionais.

De certo modo, os tratados internacionais constituem na atualidade a base da diplomacia mundial, posto que permitem que uma sociedade globalizada, marcada inegavelmente por interesses contrapostos, possa conviver conforme a ordem internacional estabelecida, sendo mecanismo que ajudam a fortalecer a manutenção da paz e a resolução pacífica dos conflitos internacionais²⁸. Isto posto, a fim de que esses intentos possam ser alcançados, os Estados devem ter em mente que as obrigações derivadas dos tratados internacionais de direitos humanos vão muito além das fronteiras estatais, atingindo a sociedade internacional e, consequentemente, os sujeitos do Direito Internacional, de forma *erga omnes*²⁹, já que os citados tratados apenas aprimoram e fortalecem o grau de proteção aos direitos consagrados no âmbito doméstico³⁰.

Reconhecida a cogência dos tratados internacionais de direitos humanos, seja por força do *pacta sunt servanda*, do princípio da boa-fé ou mesmo da noção de *jus cogens*, bem como a importância que os mesmos assumem na política internacional contemporânea, passa-se ao breve estudo dos tratados internacionais de direitos humanos celebrados/incorporados pelo Estado brasileiro, como forma de complementar os direitos fundamentais previstos constitucionalmente³¹.

27 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 283.

28 VILLALOBOS, Larys Leiba Hernández. *LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO BASE DE LA DIPLOMACIA MUNDIAL*. REVISTA DE DERECHO, UNIVERSIDAD DEL NORTE, nº 22. Venezuela: 2004, p. 92.

29 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais...*, p. 115.

30 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 358.

31 “O que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas antes da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos.” CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. I. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 43.

A) Tratados celebrados antes da nova ordem constitucional brasileira

A celebração/incorporação de instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos não é uma praxe exclusiva do pós-88. Apesar de a “Constituição Cidadã” ter impulsionado de forma significativa o avanço da participação do Brasil no acolhimento das normas emanadas dos sistemas internacionais de proteção dos referidos direitos, diversos atos internacionais protetivos dos direitos humanos foram recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, dentre os principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados, ratificados e promulgados pelo direito estatal brasileiro, antes do advento da nova ordem constitucional, destacam-se: 1) Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas³²; 2) Carta da Organização dos Estados Americanos, firmada em Bogotá, a 30 de abril de 1948³³; 3) Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher. Assinada em Bogotá, Colômbia, em 2 de maio de 1948 - IX Conferência Internacional Americana³⁴; 4) Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos à Mulher. Assinada em Bogotá, Colômbia em 2 de maio de 1948³⁵; 5) Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951³⁶; 6) Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, Doc. das Nações Unidas nº 135, de 31.3.1953³⁷; 7) Convenção Relativa à Escravatura, assinada em Nova York, em 7 de dezembro de 1953³⁸; 8) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução nº 2.106-A da Assembleia das Nações Unidas, em 21 de dezembro

32 Promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952.

33 Promulgada pelo Decreto nº 30.544, de 14 de fevereiro de 1952.

34 Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 74, de 18.12.1951. Entrou em vigor no Brasil em 15 de fevereiro de 1950. Promulgada pelo Dec. nº 31.643, de 23 de outubro de 1952.

35 Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 39, de 20.09.1949. Ratificada pelo Brasil em 23.2.1950. Promulgada pelo Decreto nº 28.011, de 19.4.1950. Publicação no DOU de 21.4.1950.

36 Promulgada pelo Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961.

37 Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 123, de 30.11.1955, ratificada pelo Brasil em 13.8.1963, em vigor no Brasil em 11.11.1964, promulgada pelo Decreto nº 52476, de 12.9.1963 e publicada no DOU de 17.9.1963.

38 Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66, de 14 de julho de 1965, ratificada pelo Brasil em 06 de janeiro de 1966, promulgada pelo Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966.

de 1965³⁹; 9) Convenção da OIT nº 118 sobre igualdade de tratamento dos nacionais e não nacionais em matéria de previdência social, adotada na 46ª Sessão da Conferência, em Genebra (1962)⁴⁰; 10) Convenção sobre a Política de Emprego da OIT, doc. nº 122⁴¹; 11) Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979⁴².

39 Aprovada pelo Decreto nº 23, de 21.6.1967, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 8.12.1969 e publicada no DOU. de 10.12.1969.

40 Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 31, de 20 de agosto de 1968 e efetuado o registro da ratificação pelo B.I.T. em 24 de março de 1969, promulgada pelo Decreto nº 66.467, de 27 de abril de 1970.

41 Em vigor no âmbito internacional em 17 de julho de 1966, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 61, de 30 de novembro de 1966, ratificada em 24 de março de 1969 (Decreto Legislativo nº 66.499, de 27 de abril de 1970).

42 Além dos mencionados tratados, podemos citar: 12) Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano, concluída em Patzcuaro, México, a 24 de fevereiro de 1940. Promulgada pelo Decreto nº 36.098, de 19 de agosto de 1954; 13) Convenção para a Supressão do Tráfico de Mulheres Maiores (Genebra, 1933), emendada pelo Protocolo assinado em Lake Success, em 12.12.1947; e a Convenção para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (Genebra, 1921), emendada pelo Protocolo de Lake Success, assinado em 1947, ratificados em 6.4.1950 e promulgados pelo Decreto nº 37.176, de 15.4.1955; 14) Acordo relativo à concessão de um título de viagem para refugiados que estejam sob a jurisdição do Comitê Intergovernamental de Refugiados, assinado em Londres, a 15 de outubro de 1946, entre o Brasil e diversos países, promulgado pelo Decreto nº 38.018, de 7 de outubro de 1955; 15) Convenções concluídas em Genebra, a 12 de agosto de 1949, destinadas a proteger as vítimas da guerra, promulgada pelo Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957; 16) Convenção sobre Asilo Diplomático, promulgada pelo Decreto nº 42.628, de 13 de novembro de 1957; 17) Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, Doc. das Nações Unidas, Nova York, em 21 de março de 1950, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 6, de 11 de junho de 1958, ratificada pelo Brasil em 12 de setembro de 1958, promulgada pelo Decreto nº 46.981, de 08 de outubro de 1959 e publicada no DO de 13 de outubro de 1959; 18) Convenção sobre Asilo Territorial, promulgada pelo Decreto nº 55.929, de 14 de abril de 1965; 19) Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravidão, assinada em Genebra, em 07 de setembro de 1956, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66, de 14 de julho de 1965, ratificada pelo Brasil em 06 de janeiro de 1966, promulgada pelo Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966, publicado no DO de 03 de junho de 1966 e retificado em 10 de junho de 1966; 16) Convenção Relativa ao Amparo à Maternidade, OIT nº 103, adotada na 35ª Sessão da Conferência, em Genebra (1952), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20, de 30 de abril de 1965, efetuado o registro do instrumento de ratificação no B.I.T. em 18 de junho de 1965, promulgada pelo Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966, publicado no DOU. de 19 de julho de 1966; 20) Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, adotada em 14 de dezembro de 1960 pela Conferência Geral da organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, entrou em vigor em 22 de maio de 1962, promulgada no Brasil pelo Dec.nº 63.223, de 1968; 21) Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, promulgado pelo Decreto nº 70.946, de 7 de agosto de 1972;

Após elencarmos os principais tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira sob a égide de Constituições anteriores a de 1988, torna-se necessário empreender num breve relato da recepção do Direito Internacional dos Direitos Humanos após o advento da nova ordem constitucional.

B) Tratados celebrados pós-1988

Após a Constituição Federal de 1988, um novo cenário se formou com a positivação dos princípios que regem as relações internacionais, previstos no art. 4º, e do advento da cláusula aberta de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos. Com efeito, a política internacional brasileira, seguindo as orientações fixadas pelo constituinte de 1988, voltou-se para a celebração/incorporação de vários atos internacionais que tem por objeto a proteção dos direitos humanos e a complementação do catálogo constitucional de direitos fundamentais. Dessa forma, tanto tratados voltados à proteção geral, quanto os voltados para a proteção especial⁴³, foram recepcionados pelo Direito estatal brasileiro.

Dentre os principais tratados internacionais voltados a proteção geral dos direitos humanos, pode-se destacar: 1) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura⁴⁴; 2) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução nº 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984⁴⁵; 3) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966⁴⁶; 4) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da As-

43 “Os sistemas geral e especial são complementares, na medida em que o sistema especial de proteção é voltado, fundamentalmente, à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem tutela especial. Daí se apontar não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo ‘especificado’, considerando categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça etc. O sistema internacional passa a reconhecer direitos endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às vítimas de tortura e de discriminação racial, entre outros”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 186.

44 Promulgada pelo Decreto nº 98.386, de 09 de novembro de 1989.

45 Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 4, de 23 de maio de 1989, promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

46 Aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, com a Carta de Adesão depositada em 24 de janeiro de 1992 e promulgado pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

sembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966⁴⁷; 5) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978⁴⁸; 6) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (Adotado durante a XX Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos, em Assunção, Paraguai, em 8 de Junho de 1990)⁴⁹; 7) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)⁵⁰; 8) Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁵¹; 9) Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969⁵²; 10) Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002⁵³.

Em relação à proteção especial, cabem ressaltar como principais instrumentos internacionais de proteção às Crianças e Adolescentes: 1) Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989⁵⁴; 2) Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México, em 18 de março de 1994⁵⁵; 3) Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados⁵⁶; 4) Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil⁵⁷.

47 Aprovado por meio do Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991, com a Carta de Adesão depositada em 24 de janeiro de 1992 e promulgado pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992.

48 Foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 27, de 1992, com a Carta de Adesão depositada em 25 de setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

49 Promulgado pelo Decreto n.º 2.754, de 27 de agosto de 1998.

50 Promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

51 Promulgado pelo Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002.

52 Promulgado pelo Decreto n.º 4.463, de 8 de novembro de 2002.

53 Promulgado pelo Decreto n.º 6.085, de 19 de abril de 2007.

54 Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 28, de 24.09.1990, ratificada pelo Brasil em 24.09.1990 e Promulgada pelo Decreto n.º 99.710, de 21.11.1990.

55 Promulgado pelo Decreto n.º 2.740, de 20 de agosto de 1998.

56 Promulgado pelo Decreto n.º 5.006, de 8 de março de 2004.

57 Promulgado pelo Decreto n.º 5.007, de 19 de abril de 2007.

No que tange a proteção das Mulheres, convém destacar: 1) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher – Convenção de Belém –, concluída em 9 de junho de 1994, aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995⁵⁸; 2) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher⁵⁹; 3) Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher⁶⁰.

Para proteção dos Índios, o sistema internacional reserva: 1) Acordo Constitutivo do Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas da América Latina e do Caribe, concluído em Madri, em 24 de julho de 1992⁶¹; 2) Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais⁶².

As Pessoas com Deficiência são protegidas pelos seguintes tratados internacionais: 1) Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência⁶³; 2) Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, ratificado em 01 de agosto de 2008, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009⁶⁴.

Não se podem esquecer os tratados internacionais que protegem contra a Discriminação Racial, como é o caso da Declaração Facultativa prevista no art. 14 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, reconhecendo a competência do Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos cobertos na mencionada Convenção, promulgada pelo Decreto nº 4.738, de 12 de junho de 2003.

58 Entrou em vigor internacional em 3 de março de 1995, com a Carta de Ratificação depositada em 27 de novembro de 1995, foi promulgada pelo Decreto 1.973, de 01 de agosto de 1996.

59 Promulgada pelo Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002.

60 Promulgada pelo Decreto nº 4.316, de 30 de julho de 2002.

61 Ratificação do referido Acordo em 17 de junho de 1998. Promulgado pelo Decreto nº 3.108, de 30 de junho de 1999.

62 Promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

63 Promulgada pelo Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001.

64 Até o presente momento (12/2011), este é o único ato internacional incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o novo rito previsto no art. 5º, § 3º da CF/88, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, portanto, com natureza equivalente as Emendas Constitucionais.

Esses são apenas alguns exemplos de tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil, demonstrando, conforme emana do sentimento constitucional e da prevalência dos Direitos Humanos, o compromisso do Estado brasileiro para com o desenvolvimento da proteção dos referidos direitos.

Apesar da extensão do rol acima citado, o Brasil ainda tem que avançar na ratificação de diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Como exemplos de tratados ainda não ratificados pelo Estado brasileiro têm-se: 1) Protocolo Facultativo referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, em vigor em 23 de março de 1976, com adesão do Brasil em 25 de Setembro de 2009⁶⁵; 2) Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos com vista à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela resolução n.º 44/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 15 de Dezembro de 1989⁶⁶; 3) Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Celebrado em Nova Iorque, em 10 de dezembro de 2008⁶⁷; 4) Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada pela Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990, da Assembleia Geral (entrada em vigor a 1 de Julho de 2003)⁶⁸; 5) Convenção internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006, assinada pelo Brasil em

65 Conforme informação recolhida do próprio sítio das Nações Unidas. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 28 jul. 2011.

66 O Decreto Legislativo n.º. 311, de 2009, aprovou o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução n.º. 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no art. 2º. Porém, tais protocolos ainda não concluíram o processo de ratificação. Conforme informação recolhida do sítio do Senado Federal brasileiro. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=85825. Acesso em: 28 jul. 2011.

67 Até 12 de julho de 2011, apenas 36 Estados assinaram o Tratado, sendo que destes, somente 3 o ratificaram. Conforme informação recolhida do sítio das Nações Unidas da internet. Disponível em: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3=-a&chapter4=&lang=en. Acesso em: 12 jul. 2011.

68 Até o presente momento (28 de julho de 2011), ocorreram 44 ratificações. Conforme informação recolhida do próprio site das Nações Unidas. Disponível em: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en. Acesso em: 18 jul. 2011.

Paris, precisamente em 06 de Fevereiro de 2007⁶⁹; 6) Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994⁷⁰; 7) Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de Apartheid, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1973, em Nova York, em 30 novembro de 1973⁷¹; 8) Convenção Internacional contra o *Apartheid* nos Esportes, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1985, através da Res.40/64, entrou em vigor 03 de abril de 1988; 9) Convenção nº 182 da OIT Relativa à Interdição das Piores Formas de Trabalho das Crianças e à Ação Imediata com Vista à sua Eliminação, adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua 87ª sessão, em Genebra, a 17 de Junho de 1999, com entrada em vigor na ordem internacional em 19 de Novembro de 2000.

Ponto digno de destaque, é que nem todos os atos internacionais que tem por finalidade a proteção dos Direitos Humanos possuem natureza cogente, apesar da evolução do valor de tais atos atribuído e/ou reconhecido por Cortes e Tribunais Internacionais⁷². Ao contrário, muitos deles apenas declaram valores reconhecidamente caros pela sociedade internacional⁷³. Dentre muitos, pode-se destacar: 1) Declaração

69 A referida Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 661, de 01 de setembro de 2010 e ratificada em 29 de novembro de 2010 pelo Estado brasileiro, porém ainda não foi promulgada. Conforme informação recolhida do site das Nações Unidas. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-V-16&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 28 jul. 2011.

70 Aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 127, de 08 de abril de 2011, porém, ainda não foi ratificada pelo Brasil.

71 Ainda não ratificada pelo Estado brasileiro. Conforme informação recolhida do próprio site da Organização das Nações Unidas. Disponível em: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-7&chapter=4&lang=en. Acesso em: 29 jul. 2011.

72 “La Asamblea General de la Organización ha reconocido además, reiteradamente, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA. Por ejemplo, en la resolución 314 (VII-0/77) del 22 de junio de 1977, encomendó a la Comisión Interamericana la elaboración de un estudio en el que “consigue la obligación de cumplir los compromisos adquiridos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”. En la resolución 371 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978, la Asamblea General reafirmó “su compromiso de promover el cumplimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y en la resolución 370 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978, se refirió a los “compromisos internacionales” de respetar los derechos del hombre “reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” por un Estado Miembro de la Organización”. CIDH. *Opinión Consultiva OC-10/89*: Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre em el Marco del Artículo 64 de la CADH, 14 jul. 1989, p. 42.

73 GARCIA, Emerson. *Ob. cit.*, p. 45.

Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948⁷⁴; 2) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁷⁵; 3) Declaração dos Direitos da Criança⁷⁶; 4) Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher⁷⁷; 5) Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Estados de Emergência e de Conflito Armado⁷⁸; 6) Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas contra a Tortura ou outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁷⁹; 7) Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes⁸⁰; 8) Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos⁸¹; 9) Declaração sobre raça e preconceitos raciais (adotada e proclamada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, em 27 de novembro de 1978; 10) Declaração sobre os princípios fundamentais relativos à contribuição dos meios de comunicação de massa para o fortalecimento da paz e compreensão internacional, promoção dos direitos humanos e luta contra o racismo, o apartheid e a incitação à guerra⁸²; 11) Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder⁸³; 12) Declaração sobre o Direito ao

74 “...a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de, na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX, ter-se transformado, ao longo de mais de cinquenta anos de sua adoção, em direito costumeiro internacional e princípio geral de direito internacional”. PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 360.

75 Aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948, através da Res. XXX.

76 Aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1959 e proclamada pela Resolução da Assembleia Geral 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959.

77 Proclamada pela Assembleia Geral na Resolução 2263 (XXII), de 7 de novembro de 1967.

78 Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 14 de Dezembro de 1974, através da Resolução nº 3318 (XXIX).

79 Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1975, através da Resolução nº 3452 (XXX).

80 Aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 09/12/75.

81 Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas por meio das suas Resoluções 663 C 9XXIV), de 31 de julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977, e Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social.

82 Proclamada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, em 28 de novembro de 1978.

83 Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985.

Desenvolvimento⁸⁴; 13) Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos⁸⁵; 14) Declaração sobre os Direitos das Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas⁸⁶; 15) Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados⁸⁷; 16) Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993⁸⁸; 17) Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiências⁸⁹; 18) Declaração de Salamanca sobre Princípios, Política e Prática em Educação Especial – UNESCO -, de 1994; 19) Declaração e Plataforma de Ação sobre as Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz, Conferência Mundial sobre a Mulher, em Beijim⁹⁰.

No que tange a política de celebração de tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil vem desempenhando um destacado papel no cenário internacional. O problema é que nem sempre pactuar tratados é o sinônimo de conferi-lhes efetividade.

Um dos fatos que contribuem para a deficiente aplicação dos citados tratados é o desconhecimento por parte dos agentes públicos das normas oriundas do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, seja o global ou o regional.

Citando como exemplo os magistrados, dois pontos merecem ser destacados. O primeiro relaciona-se com a formação dos juízes brasileiros ainda nos bancos acadêmicos. Sabe-se que a disciplina de Direito Internacional Público não recebe tanta atenção quanto as que se referem ao direito civil ou ao direito processual. O segundo, apesar de também relacionado ao preparo dos magistrados brasileiros, relaciona-se com o conservadorismo dos Ministros dos Tribunais Superiores pátrios, que não abrem a jurisdição nacional às novas tendências do Estado

84 Aprovada pela Resolução 41/128 da Assembleia Geral da ONU, em 4 de dezembro de 1986, com 146 votos a favor, um voto contra (Estados Unidos) e oito abstenções (incluindo Alemanha, Japão e Reino Unido).

85 Adotados e proclamados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução nº 45/111, de 14 de Dezembro de 1990.

86 Adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1990.

87 Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 47/133, de 18 de dezembro de 1992.

88 “A Declaração é o primeiro documento das Nações Unidas a endossar expressamente a democracia como forma de governo mais favorável ao respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais”. PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 283.

89 Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 48/96, de 20 de Dezembro de 1993.

90 Adotada em 15 de Setembro de 1995.

de Direito Transnacional, nem estabelecem um diálogo com as Cortes e Tribunais Internacionais.

Esse quadro somente sofrerá alterações quando a justiça de primeira instância brasileira, ou seja, os juízes que exercem suas competências em cada Comarca do nosso país, derem conta de que os tratados internacionais são importantes instrumentos para a proteção dos direitos humanos e que a própria Constituição Federal de 1988 os reconhece como fonte do direito doméstico, além de conferir-lhe uma especial hierarquia.

Após a tentativa de citar os principais atos internacionais incorporados ao direito brasileiro, torna-se imperioso abordar a questão do regime de celebração/incorporação dos tratados internacionais pelo Brasil.

§ 2º Regime de incorporação dos tratados internacionais pelo Brasil

Para uma melhor compreensão do dever de aplicação das normas oriundas do Direito Internacional por parte dos órgãos jurisdicionais, torna-se de bom alvitre examinar os mecanismos de celebração e de incorporação dos tratados internacionais à luz do Direito dos Tratados, da Constituição Federal de 1988 e da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Vale destacar que o regime específico de incorporação pelo Estado brasileiro dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos será abordado posteriormente. Com efeito, há que se demonstrar como o Brasil recepciona o Direito Internacional, a fim de que se possa comprovar que os tratados internacionais são fontes do direito estatal e que não podem ser desprezados pelos órgãos jurisdicionais, principalmente em virtude de sua hierarquia.

Como se pode notar, a Constituição Federal de 1988 atualmente prescreve dois ritos distintos para incorporação dos tratados internacionais. Um para os tratados que versam sobre Direitos Humanos e outro para os demais tratados. Tal fato ocorreu, principalmente, após a Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário)⁹¹.

91 “A Carta de 1988 acolhe, desse modo, um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados – um aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. Esse sistema misto se fundamenta na natureza especial dos tratados internacionais de direitos humanos que – distintamente dos tratados tradicionais, que objetivam assegurar uma relação de equilíbrio e reciprocidade entre Estados pactuantes – priorizam a busca em assegurar a proteção da pessoa humana, até mesmo contra o próprio Estado pactuante”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 347.

Antes de adentrarmos especificamente na processualística de incorporação dos tratados internacionais pelo direito brasileiro, alguns pontos merecem ser destacados no que tange a aspectos mais gerais sobre o tema.

Quando a Constituição Federal de 1988 versa sobre tratados internacionais não se pode dizer que há um apego formal ao conceito de tratados⁹², ou seja, esse termo deve ser interpretado de modo genérico como todo e qualquer ajuste concluído entre Estados e/ou Organizações Internacionais, que resultem alguma consequência no universo jurídico⁹³.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, pelo Brasil ratificada em 25 de setembro de 2009 e promulgada através do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 (mais de 40 anos depois da celebração), define tratado como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”⁹⁴.

Diante dos preceitos trazidos, observa-se, como acentua Francisco de Assis Maciel Tavares, que “o próprio conceito de tratado que nos é dado pela Convenção de Viena demonstra a imprecisão terminológica, tendo em vista que o termo tratado poderá ter qualquer denominação particular”⁹⁵. Com efeito, pouco importa para o Direito Internacional qual a terminologia, a nomenclatura utilizada para designar o ajuste de vontades entre alguns sujeitos do referido direito.

Os tratados internacionais são considerados inequivocamente como fontes do Direito Internacional⁹⁶ e, porque não dizer, do próprio direito estatal após a sua incorporação. A própria Constituição Federal de 1988 preceitua implicitamen-

92 “O Tratado Internacional é o acordo jurídico formal concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público, destinado a produzir efeitos no âmbito internacional, através da manifestação formal da vontade desses entes”. GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2009, p. 42.

93 “Por enquanto, é preciso aclarar que a palavra «tratado» é genérica e corresponde a todo ajuste concluído entre Estados, dois ou muitos, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, tal como é a definição para qualquer ato jurídico lícito”. SIDOU, J. M. Othon. *O Controle dos Atos Internacionais pelo Poder Legislativo (Apontamentos de Direito Constitucional Internacional)*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 7, 2003, p. 349.

94 Cf. art. 2, 1, ‘a’.

95 *Ratificação de Tratados Internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2005, p. 09.

96 Cf. art. 38 do ECIJ.

te em diversos dispositivos a condição dos tratados internacionais como fonte do direito interno.

Fazendo uma análise preliminar das Convenções de Viena de 1969 e Havana de 1928, bem como ao texto da própria Constituição Federal de 1988, conclui-se que o processo de celebração dos tratados difere do processo de incorporação. Sendo o primeiro um passo precedente para o segundo, ele é regido pelo sistema jurídico internacional, enquanto que a incorporação dos tratados internacionais é disciplinada pela ordem constitucional de cada Estado.

A celebração de um tratado internacional, independentemente da matéria versada, tem início, em regra, com a etapa de negociação dos termos do vindouro ato internacional. Nem sempre o Chefe de Estado, no caso brasileiro o Presidente da República, participa das rodadas de negociação de um tratado internacional. Inúmeras vezes essa função é desempenhada pelo Ministro das Relações Exteriores, o que é totalmente aceito pelo direito brasileiro, conforme reza o Decreto nº 99.578/90, precisamente em seu art. 2º, VI⁹⁷, bem como pela Convenção de Viena de 1969⁹⁸.

Outros agentes públicos também podem participar das negociações e até mesmo da assinatura de um tratado internacional. Para tanto, necessário se faz que sejam concedidos poderes especiais a tais agentes, conforme determina a Convenção de Viena de 1969⁹⁹. Trata-se dos chamados plenipotenciários. A regra é que qualquer pessoa que conduza a negociação de qualquer tratado internacional necessite dos plenos poderes. Porém, estabeleceu-se a prática de que tanto o Ministro das Relações Exteriores quanto os Chefes de Missões Diplomáticas não necessitam dos plenos poderes, sendo esta uma exceção *ratione personae* da sua obrigatoriedade¹⁰⁰.

Finda a fase interna da celebração de um tratado internacional por parte de um Estado, o procedimento volta a tramitar no cenário internacional. Com a aprovação do tratado no âmbito estatal, passa-se a ratificação do mesmo¹⁰¹.

97 Art. 2º. Compete ao Ministério das Relações Exteriores: VI – negociar e celebrar, com a cooperação de outros órgãos interessados, tratados, acordos e demais atos internacionais;

98 Cf. Artigo 7. 2.

99 Cf. Artigo 7. 1.

100 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 140.

101 Nas palavras de Sidney Guerra, “ratificação é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e o que faz doravante um tratado obrigatório para o estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais”. *Ob. cit.*, 2008, p. 224. Nesse

Diante do exposto, evidencia-se que um Estado só passa a encarar as normas contidas em um tratado internacional após a sua ratificação¹⁰² e, conseqüentemente, esse dito membro da sociedade internacional só pode ser responsabilizado pelo descumprimento das obrigações pactuadas depois do referido ato se perfectibilizar. Importa ressaltar que mesmo após a assinatura, o Estado não se encontra obrigado a ratificar o tratado internacional. Sendo a ratificação um ato de soberania, ela depende da vontade política do Estado, conforme reza a própria Convenção de Havana de 1928¹⁰³.

Outro ponto a ser relevado é a faculdade regrada do Estado em opor reservas a algumas cláusulas de um tratado internacional, conforme preceitua a Convenção de Viena de 1969¹⁰⁴. Desse modo, a vinculação as obrigações assumidas por um Estado quando da ratificação dos tratados internacionais não se reveste de um caráter absoluto, muito pelo contrário. Na intenção de propiciar que um maior número possível de Estados venha a ratificar os tratados internacionais, utiliza-se a técnica da ratificação com reservas, a fim de que a existência de alguns pontos controversos não sirva como justificativa para a conclusão de um importante ato internacional.

Delineados esses aspectos mais básicos, passa-se ao estudo dos regimes geral e específico de incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

A) O regime geral de incorporação dos tratados internacionais

Nem sempre se pode afirmar que a vigência de um tratado encontra marco coincidente no sistema internacional e na ordem jurídica interna de determinado Estado. Para o Direito Internacional, um tratado entra em vigor para um Estado quando do depósito do instrumento de ratificação. Não se pode dizer o mesmo acerca do direito estatal, pois os tratados só passam a ter aplicabilidade na órbita

mesmo sentido, a Convenção de Viena de 1969 preceitua em seu art. 2. 1, que a ratificação significa o ato internacional pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado.

102 “A ratificação é encontrada em um dos mais antigos tratados de que se tem notícia, firmado no ano de 1280 a.C. entre Ramsés II, faraó do Egito, e Hattisuli, rei dos Hititas”. TAVARES, Francisco de Assis Maciel. *Ob. cit.*, p. 27.

103 Cf. Artigo 7º.

104 Cf. Artigo 19.

interna com a publicação do Decreto¹⁰⁵ de Promulgação¹⁰⁶, apesar de algumas controvérsias existirem na doutrina e na jurisprudência pátria.

O Brasil, seguindo um modelo pré-Constituição de 1988, adotou o sistema de incorporação legislativa dos tratados internacionais em contraposição ao da incorporação automática¹⁰⁷. Isso quer dizer que não é necessário que o conteúdo de um tratado seja repetido em uma lei interna, mas sim que a sua incorporação passe por um trâmite semelhante, apesar de não idêntico, ao dos atos legislativos, conforme será mais bem descrito nas linhas que se seguem.

George Galindo bem sintetiza o processo de conclusão de um tratado internacional ao afirmar que o referido rito segue os seguintes passos: a) negociação; b) assinatura; c) mensagem ao Congresso; d) aprovação parlamentar; e) ratificação; f) promulgação; ou no caso de adesão a determinado tratado: a) mensagem ao Congresso; b) autorização parlamentar; c) adesão; d) promulgação¹⁰⁸. Esse será, basicamente, o procedimento a ser detalhado nas linhas que seguem, sempre do ponto de vista crítico.

Partindo da visão da dogmática constitucional, preceitua a Constituição Federal de 1988, precisamente no art. 84, VIII, que compete privativamente¹⁰⁹ ao Presidente da República celebrar tratados e seus congêneres, sujeitos a referendo do

105 “Pensa-se que a promulgação por decreto foi, apenas, uma prática adotada na vigência da Constituição de 1891 e seguida até hoje, sem nenhum amparo na Lei Maior”. FRAGA, Mirtô. *A obrigatoriedade do tratado na ordem Interna*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004, p. 316.

106 “A Constituição da República Federativa do Brasil possui um mecanismo próprio de aprovação dos tratados, pois, para que possa ser ratificado, torna-se necessária a prévia autorização congressual. A partir daí, o chefe de Estado terá o poder discricionário de ratificá-lo ou não, Com a ratificação, passa a produzir efeitos no plano internacional, enquanto que no plano interno, torna-se necessária a promulgação e a publicação do decreto presidencial”. GOMES, Eduardo Biacchi. *A Celebração dos Tratados no Ordenamento Constitucional e os Direitos Fundamentais*. In.: GOMES, Eduardo Biacchi; Reis, Tarcísio Hardman. *O Direito Constitucional Internacional após a Emenda 45/04 e os Direitos Fundamentais*. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 82.

107 Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ob. cit.*, p. 290.

108 *Ob. cit.*, p. 138.

109 “No que se refere especificamente à distinção entre competência privativa e competência exclusiva, é que a primeira – a privativa –, embora exercida por um único órgão, comporta delegação para que outro o exerça, ao passo que, no segundo caso, essa possibilidade é vedada”. LYNCH, Christian Edward Cyril. *Tratado, Governo e Congresso A referenda de tratados e a possibilidade de sua alteração legislativa no direito público brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009, p. 198.

Congresso Nacional. Mas por que referendo do Congresso Nacional? Esse questionamento também encontra resposta no próprio texto da Constituição, na medida em que o art. 49, I, estabelece a competência exclusiva do citado órgão para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais¹¹⁰.

Observa-se que em matéria de conclusão de tratados, há uma colaboração entre os Poderes Executivo e Legislativo, tendo a incorporação dos tratados internacionais natureza de ato complexo, na medida em que necessita da conjugação de vontade dos citados poderes para internalização dos citados pactos¹¹¹.

Normalmente, a processualística da formação dos tratados internacionais inicia-se com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são de competência do órgão do Poder Executivo. Com a assinatura do tratado, o Estado manifesta o seu aceite provisório, ou seja, o seu compromisso de internalizar a tratativa e exercer os direitos e obrigações pactuadas. Mas essa assinatura, que pode ser feita pelo próprio Presidente da República, na condição de Chefe de Estado, ou pelos plenipotenciários, ainda não gera relevantes consequências para a ordem jurídica, seja no plano estatal ou no internacional, pois o compromisso precisa ser aprovado pelo Poder Legislativo¹¹².

Dessa forma, após a assinatura do tratado, o Presidente da República envia mensagem ao Congresso Nacional¹¹³ justificando a celebração provisória do mesmo e expondo a sua importância para o Estado brasileiro. Recebida a mensagem

110 “A finalidade do dispositivo constitucional parece ser a de evitar que o estado fique obrigado internacionalmente (ou ainda o tratado tem efeito maior do que a lei no direito interno) pela vontade apenas do Executivo”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ob.cit.*, p. 296.

111 Cf. TAVARES, André Ramos. *Ob. cit.*, p. 36.

112 “No que diz respeito ao Estado brasileiro, os tratados, acordos e convenções internacionais, para que sejam incorporados ao ordenamento interno, *necessitam* de prévia aprovação do Poder Legislativo, que exerce a função de controle e fiscalização dos atos do Executivo. A vontade do Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas não for manifestada, no que se consagra, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de tratados internacionais”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Poder Legislativo e os tratados internacionais. O treaty-making power na Constituição brasileira de 1988*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 38 n. 150 abr./jun. 2001, p. 47.

113 “A apreciação de tratado internacional pelo Congresso Nacional, que se segue, portanto, ao envio de mensagem do Presidente da República, é, como regra geral, etapa essencial e imprescindível para a assunção de compromisso do Brasil na ordem jurídica internacional. Trata-se do atendimento de exigência ditada pela diretriz democrática de que só ao povo, por meio de sua representação política, é dado o direito de dispor da soberania nacional pactuando internacionalmente”. DALLARI, Pedro B. A. *Ob. cit.*, p. 89/90.

pelo Congresso Nacional, a quem compete resolver definitivamente sobre tratados, ela será encaminhada para a Câmara dos Deputados¹¹⁴, que antes de submeter à avaliação dos Deputados o projeto de Decreto Legislativo¹¹⁵ que aprova a celebração do tratado, recebe parecer da Comissão de Relações Exteriores¹¹⁶ e da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania¹¹⁷, respectivamente.

Uma indagação surge no presente momento. Poderia o projeto ser aprovado em caráter terminativo pelas comissões da Câmara Federal, sem a necessidade de ser submetido ao plenário? A Constituição Federal de 1988 permite que as comissões, tanto da Câmara como do Senado, poderão, em alguns casos previstos nos regimentos internos, discutir e votar projeto de lei em caráter terminativo, ou seja, sem a apreciação dos respectivos plenários¹¹⁸.

No caso da aprovação dos tratados internacionais¹¹⁹, ela se dá por meio de Decreto Legislativo e não por lei. Caberia, então, a dispensa da manifestação do plenário nesse caso? A permissão contida na Lei Maior alcançaria o projeto de Decreto Legislativo que aprova um tratado internacional? A resposta a esse questionamento nos é dada por Márcio Garcia, quando ele defende a interpretação ampla do vocábulo ‘lei’ no referido caso, para contemplar a possibilidade de aprovação de tratados internacionais por parte de Decreto Legislativo aprovado em caráter terminativo pelas comissões temáticas da Câmara e do Senado Federal¹²⁰.

114 Cf. o art. 108 do Regimento Interno da Câmara Federal..

115 Cf. art. 109 do Regimento Interno da Câmara Federal. Nesse sentido, manifesta-se a doutrina pátria: “O Congresso Nacional, por meio da elaboração de *decreto legislativo*, materializa o que ficou resolvido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais. O decreto legislativo é espécie normativa aprovada pelo Legislativo sobre matéria de sua exclusiva competência. Um único decreto pode, inclusive, aprovar mais de um tratado. Sendo ele da competência exclusiva do Congresso Nacional, não está, por isso, sujeito à sanção presidencial sujeitando-se apenas à promulgação do Presidente do Senado Federal”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Poder Legislativo...*, p. 47.

116 Cf. art. 32, XV, c, do Regimento Interno da Câmara Federal.

117 Cf. art. 32, IV, a, do Regimento Interno da Câmara Federal.

118 Cf. art. 58 da Constituição Federal de 1988.

119 “A aprovação do tratado obedece *quase* ao mesmo processo de tramitação das leis, dele divergindo em dois pontos: por não comportar emendas; por ser promulgada pelo Presidente do Senado, sem necessidade de sanção do Presidente da República. A aprovação é feita por Decreto Legislativo”. FRA-GA, Mirtô. *Ob. cit.*, p. 313.

120 Cf. *Tratados e poder terminativo na Constituição de 1988*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008, p. 238.

Vale destacar a referência à ‘projeto de lei’, portanto, em se tratando de Emendas a Constituição, como ocorre nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos internalizados pelo rito previsto no art. 5º, § 3º da CF/88, não se admitirá a aprovação em caráter terminativo¹²¹.

Aprovado nas comissões sem caráter terminativo, o projeto é encaminhado para votação pelo plenário da Câmara. Em alcançando maioria simples, estando presente a maioria absoluta dos membros do citado órgão, o projeto é encaminhado para o Senado Federal, que o submete, inicialmente, ao crivo da Comissão de Relações Exteriores e Segurança Nacional¹²², que pode apreciar terminativamente¹²³ ou encaminhar parecer¹²⁴ para Mesa Diretora submeter à votação do projeto de Decreto Legislativo¹²⁵ no plenário do Senado Federal.

Após a aprovação e consequente autorização de ratificação, o Presidente do Senado fará publicar no Diário do citado órgão o Decreto Legislativo e o enviará para análise e possível ratificação por parte do Chefe de Estado, ou seja, do Presidente da República. Particularidade que deve ser constatada é a de que este Decreto dispensa a sanção ou promulgação por parte do Presidente da República e contém uma dupla finalidade: aprovar e, simultaneamente, autorizar o Presidente da República a ratificar o tratado.

A aprovação do Congresso Nacional, para parte da doutrina e na visão do Supremo Tribunal Federal, não vincula a atuação do chefe do Poder Executivo, que poderá, discricionariamente, ratificar ou não o tratado, no exercício de sua competência como Chefe de Estado, conforme determina a praxe legislativa brasileira¹²⁶.

121 *Idem*, p. 233.

122 Cf. o art. 103 do Regimento Interno do Senado Federal.

123 Cf. o art. 91 do Regimento Interno do Senado Federal.

124 Cf. o art. 90, XII, do Regimento Interno do Senado Federal.

125 Cf. o art. 376 do Regimento Interno do Senado Federal.

126 “Constitucionalmente, o Executivo só pode *concluir*, vale dizer *ratificar* o tratado, ou a ele aderir, mediante prévia autorização do Congresso. Pode, todavia, assiná-lo, celebrá-lo *ad referendum* do Poder Legislativo. Concedida a aprovação, não fica, porém, o Chefe do Executivo obrigado à sua ratificação. É que a palavra final, aí, deverá ser do Presidente da República a quem compete, como órgão representativo do Estado, nas relações internacionais, celebrar tratado, obrigando o Brasil (Const. 1988, art. 84, VIII)”. FRAGA, Mirtô. *Ob. cit.*, p. 314.

Diversos argumentos doutrinários e constitucionais são trazidos tanto pelos defensores do caráter vinculado¹²⁷ quanto pelos que se filiam a natureza não-vinculante¹²⁸ da manifestação do Congresso Nacional. Os primeiros fundamentam a vinculação do Chefe de Estado a decisão do Parlamento com base na expressão “definitivamente”¹²⁹, contida no já citado art. 49, I da Constituição Federal de 1988¹³⁰. Outro argumento interessante que justifica a natureza vinculada do ato emanado do Congresso Nacional é a competência do Legislativo para controlar/fiscalizar os atos praticados pelo Executivo, o que é absolutamente saudável em um Estado Democrático de Direito em que impera a separação dos poderes e vigora o princípio dos freios e contrapesos¹³¹.

Corroboramos com o entendimento de que a manifestação do Legislativo vincula a ratificação ou não do tratado internacional por parte do Chefe de Estado. Pois se essa não for à interpretação acolhida, admitir-se-á que o Executivo legisle sem a participação do Legislativo, já que o primeiro pode assinar e ratificar determinado tratado ignorando o consentimento dos representantes do povo.

127 “A aprovação do Legislativo é obrigatória para que, num momento posterior, venha o Presidente a ratificá-lo.” GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 140.

128 “Merece destaque o fato de que mesmo o tratado sendo aprovado pelo Legislativo, o Poder Executivo tem a faculdade de ratificá-lo ou não, conforme o seu juízo”. TAVARES, Francisco de Assis Maciel. *Ob. cit.*, p. 46.

129 “A «resolução definitiva» pedida pelo legislador constituinte tem redação, ao nosso sentir, feliz: não se trata de urna «ratificação», que essa, como já observamos, constitui a última etapa para a vigência do tratado. Assim, vale por aprovação e autorização de um ato, sem as quais o Poder Executivo não o pode fazer executar”. SIDOU, J. M. Othon. *Ob. cit.*, p. 351.

130 “...sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato presidencial de ratificação ou adesão posterior à aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, cabe observar ser dominante o entendimento doutrinário – que também é adotado na prática da formalização de acordos internacionais pelo Brasil – no sentido de que o decreto legislativo exarado pelo parlamento federal enseja mera autorização, não acarretando a obrigatoriedade da prática de qualquer ato pelo Chefe do Poder Executivo. Tal entendimento, todavia, parece contraditório com a ênfase com que a Constituição atribui ao Congresso Nacional a competência para resolver ‘definitivamente’ sobre tratados (art. 49, I)”. DALLARI, Pedro B. A. *Ob. cit.*, p. 96.

131 “Ao nosso juízo, a missão do Congresso no controle dos atos internacionais não é colaboradora, e sim policiadora e referendadora. Ele referencia, e referendar é examinar um ato já completado, no sentido de, aprovando-o, passar a participar com responsabilidade na consecução desse ato”. SIDOU, J. M. Othon. *Ob. cit.*, p. 352.

Os que defendem o caráter meramente autorizativo e não obrigatório¹³² da manifestação do Parlamento, afirmando que ela em momento algum vincula a ratificação ou não do tratado por parte do Executivo, argumentam que vários motivos podem levar o Executivo a não ratificar determinado tratado. Assim, alterações de orientação política, fatos imprevistos e supervenientes, conhecimento de que os outros Estados interessados resolveram não ratificar o tratado, podem vir a determinar a não ratificação ou gerar a indeterminação do prazo para ratificação, o que significa dizer que o Estado poderá ratificar o tratado no momento que assim julgar oportuno, bem como não ratificar¹³³.

O papel do Legislativo é tão importante na processualística de incorporação dos tratados internacionais que sem a sua manifestação, independentemente do caráter vinculante ou não da mesma¹³⁴, não poderá haver ratificação por parte do Executivo¹³⁵. Caso tal situação ocorra, estar-se-á diante da chamada ratificação imperfeita, ou seja, um ato com vício formal de inconstitucionalidade.

Alguns chegam a sustentar que a manifestação do Congresso Nacional, dado o seu caráter não vinculante, só se reveste de definitividade quando ele se manifesta pela não aprovação do tratado internacional¹³⁶. Posicionamento este que não nos parece ser correto, já que defendemos o caráter vinculante da manifestação do Congresso pelos fundamentos já descritos, apesar dessa não ser a praxe adotada no Brasil, nem ser o posicionamento do Supremo Tribunal Federal¹³⁷.

132 “É um ato de natureza discricionária, posto que compete ao Chefe do Poder Executivo obrigarse no plano internacional, ou não, isto é, o ato depende da própria conveniência e oportunidade traduzidas nos interesses públicos, variáveis, de acordo com o lapso temporal”. GOMES, Eduardo Bicchi. *Ob. cit.*, p. 77.

133 TAVARES, Francisco de Assis Maciel. *Ob. cit.*, p. 44/45.

134 “Apenas se preenchido o requisito da aprovação do tratado internacional por decreto legislativo poderá o Presidente da República (ou outra autoridade com poderes para tanto) ratificá-lo, o que não significa, contudo, que esteja obrigado a fazê-lo”. RAMOS, Elival da Silva. *Os Tratados sobre Direitos Humanos no Direito Constitucional Brasileiro, Pós-Emenda Constitucional 45/04*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 155.

135 “Sem a participação desses dois Poderes, a realização do ato não se completa, no que se pode dizer que foi adotada pela Constituição de 1988, nesse tema, seguindo a tradição das Cartas anteriores, a *teoria dos atos complexos*, mais adequada aos princípios de direito público”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Poder Legislativo...*, p. 47.

136 Cf. TAVARES, Francisco de Assis Maciel. *Ob. cit.*, p. 79.

137 Cf. ADI 1.480-3/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 4/09/1997. Publicado em 18/05/2001.

Outra problemática interessante consiste no debate acerca da possibilidade do Congresso Nacional opor emenda ao tratado internacional objeto de aprovação. Inicialmente, deve ser constatado que nenhuma das Constituições brasileiras fez alusão expressa à possibilidade que teria o Congresso Nacional de alterar ou não o conteúdo de um tratado celebrado e remetido pelo Executivo no processo de sua referenda. Ou seja, nunca houve proibição ou mesmo ordem explícita¹³⁸.

Parece-nos que essa possibilidade resta completamente afastada em virtude da oposição de emendas a tratados internacionais ter como momento oportuno a sua fase de negociação¹³⁹. Desse modo, conforme posicionamento majoritário da doutrina pátria¹⁴⁰, “ao parlamento cabe aprovar ou rejeitar a íntegra do tratado ou, quando muito, adotar reserva nele prevista”¹⁴¹.

Mesmo não concordando com a possibilidade do oferecimento de emendas ao tratado internacional, necessário se faz citar alguns argumentos trazidos pelos que defendem o contrário¹⁴². Lembrando que já nos filiamos à impossibilidade de oferecimento de emendas pelo Parlamento. Dessa forma, a citação dos argumentos abaixo será meramente para oferecer a outra visão da problemática posta.

O primeiro argumento ventilado é o de que a Constituição Federal não vedou o oferecimento de emendas por parte do Legislativo. O segundo consiste na atribuição constitucional ao Congresso Nacional para resolver ‘definitivamente’ sobre tratados internacionais. O terceiro seria a aplicação do princípio dos freios e contrapesos entre os poderes.

Ideia que pode ser facilmente admitida é a possibilidade de o Congresso Nacional aprovar o texto do tratado internacional com ressalva a alguns dispositivos, o que vincularia o Presidente da República a ratificar o tratado com reserva

138 LYNCH, Christian Edward Cyril. *Ob. cit.*, p. 197.

139 Cf. DALLARI, Pedro B. A. *Ob. cit.*, p. 94.

140 “Pacífico, portanto, é o entendimento de que o Poder Legislativo não tem competência para modificar um tratado submetido a sua aprovação, mas por ser definitiva essa aprovação, a recíproca, a desaprovação, é também definitiva, desarmando *in totum* o chefe de Estado de prosseguir em perseguição ao objetivo impugnado”. SIDOU, J. M. Othon. *Ob. cit.*, p. 354.

141 DALLARI, Pedro B. A. *Ob. cit.*, p. 95.

142 “Para alguns, como Aristides Milton, João Barbalho, Clóvis Beviláqua, Carlos Medeiros Silva, Alberto Adeodato, Canção Trindade, o Poder Legislativo não pode alterar o conteúdo dos projetos de tratado, devendo limitar-se a aprová-lo ou reprová-lo na íntegra. Outros, porém, como Carlos Maximiliano, Aurelino Leal, Pontes de Miranda, Temístocles Cavalcanti, Wilson Accioli e Vicente Marotta Rangel, creem nesta possibilidade”. LYNCH, Christian Edward Cyril. *Ob. cit.*, p. 197.

aos artigos vetados pelo Parlamento. Diferentemente da emenda, a ressalva não alteraria o texto do tratado internacional, mas sim declararia quais os dispositivos que eram do ponto de vista jurídico ou político, contrários ao interesse público. Caso o Chefe do Executivo não respeitasse as ressalvas propostas pelo Congresso, caberia ao Legislativo mover Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o ato de ratificação praticado pelo Presidente da República que se desvinculou da manifestação do Parlamento.

Segundo a praxe brasileira, caso o Congresso Nacional rejeite a incorporação do ato internacional, nenhum efeito incidirá sobre a ratificação ou não por parte do Presidente da República¹⁴³. Também não concordamos com essa conduta. Apoiamos o entendimento de que a rejeição do Congresso ensejaria encerramento do trâmite e consequente arquivamento. Fundamenta-se essa interpretação com o argumento de que a incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro consiste em ato complexo, ou seja, resultada da manifestação de vontade de dois órgãos, o Congresso e a Presidência da República. Portanto, caso o Parlamento denegue a aprovação do tratado, não poderá o Chefe do Executivo Federal, sozinho, decidir pela internalização do tratado internacional¹⁴⁴, sob pena de legislar de forma individual, conforme já fora afirmado anteriormente.

Por fim, ainda abordando o papel do Legislativo na processualística de incorporação dos tratados internacionais, vale destacar, conforme leciona Celso de Albuquerque Mello, que se o Parlamento aprovar o tratado com reservas, o Executivo só poderá ratificá-lo com esta reserva, porém, caso o primeiro aprove o referido ato sem reservas, restará facultado ao segundo apresentá-las¹⁴⁵.

Pela sistemática adotada pelo Estado brasileiro, o Presidente da República, após a manifestação do Congresso Nacional, seja pela aprovação ou não, habilita-se a proceder ao ato de ratificação ou adesão, que terá por consequência a consumação do vínculo concertado na esfera internacional¹⁴⁶.

143 Cf. FRAGA, Mirtô. *Ob. cit.*, p. 314.

144 “Se rejeitado, o trâmite congressual é arquivado. Na hipótese de aprovação, haverá a expedição do Decreto Legislativo. Ademais, com a aprovação no Congresso Nacional, poderá ocorrer a ratificação do tratado, ato de competência exclusiva do Presidente da República”. GOMES, Eduardo Bicchi. *Ob. cit.*, p. 79.

145 *Ob. cit.*, p. 295/296.

146 DALLARI, Pedro B. A. *Ob. cit.*, p. 90.

Uma vez ratificado pelo Presidente da República, ocorrerá à promulgação¹⁴⁷ do tratado através de Decreto do Poder Executivo¹⁴⁸, fazendo com que suas normas façam parte do direito interno e possam ser aplicadas¹⁴⁹.

Percebe-se do procedimento descrito que o Brasil assume obrigações no âmbito internacional ao concluir um tratado internacional logo após a ratificação, e na órbita interna somente depois do Decreto de Promulgação. Tal sistemática faz com que a vigência nos planos interno e externo ocorra, inúmeras vezes, em momentos distintos.

Questão que merece também ser enfocada acerca da vigência dos tratados no sistema jurídico internacional é o fato de que muitos tratados não passam a vigorar para um determinado Estado com a sua simples ratificação. Inúmeros atos internacionais, principalmente os de caráter multilateral, trazem dispositivos que exigem o depósito de um número mínimo de instrumentos de ratificação para que os seus efeitos possam ser produzidos e as suas obrigações serem exigíveis. Com efeito, mais um questionamento pode ser feito. Poderia um tratado internacional ser aplicado no âmbito interno mesmo ainda não o sendo no externo? A resposta para essa dúvida é trazida por Pedro Dallari, quando ele defende que um tratado só passa a vigorar para o Brasil se já estiver em vigor no sistema jurídico internacional; caso contrário, se, pelo não preenchimento de todas as condições formais estipuladas, a vigência internacional ainda não se tiver iniciado quando da publicação do Decreto de Promulgação, este tem o condão de gerar vínculo obrigacional, porém, a exigibilidade da observância das normas previstas no instrumento internacional ficará em suspenso, esperando para tal que o tratado atenda aos requisitos impostos e entre em vigor internacionalmente¹⁵⁰.

147 “Sob a égide das Constituições de 1946, 1967 e 1969, competia ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados e convenções celebrados pelo Estado brasileiro, porém, diferente do que preceitua a Constituição Federal de 1988, a competência para promulgação era do Presidente do Senado.

148 Após a aprovação do Congresso, se ratificado, o acordo firmado entra, na data nele estipulada, em vigor na ordem internacional. No Brasil, entretanto, após a *conclusão* do ajuste, é ele promulgado pelo Chefe do Executivo, por meio de decreto. É o que se vem observando, desde 1826. *Expressa e taxativamente*, não houve, e não há, nenhum dispositivo constitucional determinando esse procedimento”. FRAGA, Mirtô. *Ob. cit.*, p. 315.

149 Cf. decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento da ADI 1.480-3/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 4/09/1997. Publicado em 18/05/2001.

150 *Ob. cit.*, p. 98.

Mais uma vez encontramos uma polêmica doutrinária acerca da natureza do referido Decreto de Promulgação¹⁵¹. A problemática consiste em saber se o Decreto tem o condão de transformar o Direito Internacional em Direito Interno ou possui função apenas de torná-lo público¹⁵², sendo apenas um instrumento para dar essa publicidade¹⁵³. A questão de fundo a ser investigada é saber se o Brasil adotou a teoria dualista¹⁵⁴ ou a monista. Sem alongar-se na discussão, por mais interessante que ela seja, sustenta grande parte da doutrina nacional que o Estado brasileiro adotou o dualismo moderado em razão da não incorporação automática dos tratados internacionais, dado a necessidade de rito próprio de internalização dos atos internacionais. O caráter moderado advém da desnecessidade de repetir o conteúdo do tratado internacional em uma lei proveniente da ordem jurídica interna.

A escolha da citada corrente não se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, mas sim alguns anos antes, quando em histórico julgado¹⁵⁵ o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que para aplicação de um tratado internacional não seria necessária à repetição de seu conteúdo em uma lei ordinária, sendo apenas indispensável um procedimento legislativo que culminasse com a ratificação e posterior promulgação do tratado pelo Presidente da República. Trata-se, diante do exposto, da adoção da tese do dualismo moderado. Após a nova ordem constitucional, o STF voltou a se posicionar no sentido da adoção do proce-

151 “Promulgação é o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão, e, além disso, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal”. GUERRA, Sidney. *Ob. cit.*, p. 225. No mesmo sentido: FRAGA, *Ob. cit.*, p. 325.

152 A promulgação não transforma o Direito Internacional em direito interno. Daí por que nossas Constituições sempre se referiram à aplicação do *tratado* pelos tribunais. FRAGA, Mirtô. *Ob. cit.*, p. 318.

153 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 144.

154 “Para os adeptos dessa corrente, o Direito interno de cada Estado e o Direito Internacional são dois sistemas independentes e distintos, ou seja, constituem círculos que não se interceptam (meramente contíguos), embora sejam igualmente válidos. As fontes e normas do Direito Internacional (notadamente os tratados) não têm, para os dualistas, qualquer influência sobre questões relativas ao âmbito do Direito interno, e vice-versa, de sorte que entre ambos os ordenamentos jamais poderia haver conflitos. [...] Segundo a corrente dualista, ao Direito Internacional caberia, de forma precípua, a tarefa de regular as relações entre os Estados ou entre estes e as organizações internacionais, enquanto ao Direito interno caberia a regulação da conduta do Estado com os seus indivíduos”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso...*, p. 67.

155 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 71.154/PR. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília, 04/08/1971. Publicado em 25/08/1971.

dimento acima descrito, conforme decisão prolatada no Agravo de Instrumento em Carta Rogatória nº 8.279-4, cujo Relator foi o Min. Celso de Mello¹⁵⁶.

Em pleno vigor no âmbito externo e interno, um tratado internacional e, conseqüentemente, as obrigações dele advindas, só podem deixar de vincular a atuação do Estado após a utilização do instrumento da Denúncia.

Sem nos alongarmos no tema, limitar-se-á a delinear um problema constatado pela doutrina pátria. As questões que se põe é saber se o Executivo necessita ou não de autorização do Legislativo para denunciar um tratado internacional¹⁵⁷.

Na praxe e na doutrina brasileira defende-se com base nos preceitos constitucionais que a denúncia dos tratados internacionais é de competência do Chefe de Estado, ou seja, do Presidente da República¹⁵⁸. Diferentemente do que ocorre no processo de incorporação, em que há necessidade da manifestação do Parlamento, a denúncia é efetivada sem qualquer consulta ao Congresso Nacional. Com isso, infere-se que o Presidente da República pode revogar uma norma de *status* legal ou até mesmo supralegal, sem qualquer manifestação dos representantes do povo.

De modo contrário e com fundamento no princípio do paralelismo de formas, da separação dos poderes e do regime democrático, manifestamos nossa opinião no sentido de que para que haja denúncia de um tratado internacional deveria se aplicar o mesmo procedimento utilizado para a incorporação, ou seja, com a necessária e importante participação do Legislativo nesse processo. Corroborando dessa ideia, ensina Pedro Dallari que mais correto seria que o ato de denúncia fosse precedido de aprovação parlamentar¹⁵⁹.

156 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento em Carta Rogatória nº 8.279-4. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 17/06/1998. Publicado em 10/08/2000.

157 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ob. cit.*, p. 297.

158 “A praxe reconhece para o Presidente da República a titularidade do poder de denunciar tratado celebrado pelo Brasil, compreendendo-se no âmbito de tal prerrogativa tanto a efetivação dos atos formais com essa finalidade como – e o que é mais importante – a decisão solitária a respeito da conveniência e oportunidade em fazê-lo”. DALLARI, Pedro B. A. *Ob. cit.*, p. 115.

159 *Ob. cit.*, p. 117.

O procedimento até aqui descrito, como se constatou, não fica imune a críticas, principalmente as oriundas da doutrina mais abalizada sobre a temática da incorporação dos tratados internacionais, conforme destaca Piovesan:

Contudo, cabe observar que a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, I, e 84, VIII), traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita: não prevê, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado. Não há ainda previsão de prazo para que Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, tampouco previsão de que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso. Essa sistemática constitucional, ao manter ampla discricionariedade aos Poderes Executivo e Legislativo no processo de formação dos tratados, acaba por contribuir para a afronta ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional¹⁶⁰.

As veementes críticas feitas pela citada doutrinadora são pautadas em casos práticos ocorridos na história brasileira acerca da incorporação dos tratados internacionais. Como exemplo, basta citar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969, enviada para apreciação do Congresso Nacional somente em 1992, aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009, sendo que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação da referida Convenção junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas somente em 25 de setembro de 2009, sendo promulgada pelo Decreto nº 7.030, em 14 de dezembro 2009¹⁶¹. Observa-se que a citada Convenção demorou mais de 40 (quarenta) anos para ser internalizada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Dessa morosidade no rito de incorporação dos tratados internacionais, surge a seguinte pergunta: que instrumentos poderiam ser utilizados para limitar a discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como tornar célere o procedimento de incorporação dos tratados internacionais? Não seria o caso da utilização do princípio da razoável duração do processo, conforme o art. 5º,

160 *Direitos Humanos e o Direito...*, p. 50.

161 Importa destacar que a promulgação da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados deu-se com reservas aos arts. 25 e 66.

LXXVIII da Constituição Federal de 1988? Ou quem sabe uma redefinição do importantíssimo Mandado de Injunção, para que a presente garantia também fosse utilizada na falta de aprovação/ratificação/promulgação de tratado internacional que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades, principalmente os inerentes aos direitos humanos, pactuados junto a sociedade internacional? *De constituciones ferenda*, fica a indução para que o legislador constituinte derivado possa criar meios idôneos para controlar a arbitrariedade na processualística de incorporação das tratativas internacionais. A citada mora muitas vezes impede que alguns direitos e garantias fundamentais sejam exercidos pelo cidadão, seja como direito de resistência ou prestacional.

Apesar de não ser o ponto central da presente pesquisa, não podemos deixar de propor, mais uma vez *de constituciones ferenda*, que seja criado mecanismo constitucional para possibilitar à iniciativa popular a adesão de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a fim de que esse novo modelo possa desenvolver a participação democrática do cidadão na processualística de incorporação dos tratados internacionais, assim como ocorre na iniciativa popular de projetos de lei.

Uma lacuna é observada pela doutrina nacional no que toca a internalização das normas oriundas de fontes do Direito Internacional diversas dos tratados internacionais. Nossa Constituição Federal de 1988, conforme dispositivos descritos anteriormente, sempre se refere à negociação, aprovação, incorporação, ratificação, dentre outros termos, de tratados internacionais, ou seja, normas positivadas pelo sistema jurídico internacional. Ela é omissa no que tange especificamente a processualística de incorporação do Direito Internacional Consuetudinário.

Essa omissão faz com que alguns doutrinadores defendam que os costumes internacionais não necessitam de qualquer liturgia para serem aplicados no âmbito interno¹⁶². O presente entendimento foi aceito pela Suprema Corte pátria, precisamente no RE 94.084-7¹⁶³, em que ficou consolidada a tese aplicação ime-

162 “O direito internacional de origem consuetudinária, ao contrário do convencional, não reclama qualquer procedimento formal de incorporação para ser válido e eficaz no Brasil, sendo a norma de imunidade de jurisdição dos Estados soberanos uma comprovação dessa afirmação”. MADRUGA, Antenor. *Constituição brasileira de 1988 Monista ou dualista?* Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008, p. 138.

163 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 94.084-7. Relator: Min. Aldir Passarinho. Brasília, 12/03/1986. Publicado em 20/06/1986.

diata de normas revestidas da qualidade de costume internacional¹⁶⁴, como é a da imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros em relação ao direito doméstico estatal¹⁶⁵.

Após a Constituição Federal de 1988, manteve-se não o reconhecimento da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro como costume internacional, mas sim a aplicação imediata dessa fonte do Direito, independentemente de rito internalizador, conforme se depreende da Apelação Cível nº 9.696-3¹⁶⁶.

Analizados alguns aspectos relevantes do regime geral de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, um ponto merece ser destacado. Após o advento da E.C. nº 45/2005, a processualística de incorporação dos atos internacional sofreu alteração. Com efeito, o constituinte derivado estabeleceu um novo rito de incorporação específico para os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Dessa forma, fixados os preceitos básicos do regime geral de celebração e incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro, passa-se a breve análise do regime específico de incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.

B) O regime específico previsto no art. 5º, § 3º da CF/88

No presente momento será investigado o regime específico de incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.

164 “A norma costumeira aplica-se, assim, independentemente de qualquer ato interno. Sua recepção ocorre por via jurisprudencial. Os tribunais recolhem das provas da prática internacional a substância do costume e conferem-lhes sentido, diretamente, sem intermediação, nem consulta ao Poder Executivo”. LUIPI, André Lipp Pinto Basto. *O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 184 out./dez. 2009, p. 39.

165 “Ao buscar nos princípios constitucionais implícitos (*law of the Land*) o fundamento de um princípio de direito internacional (*international law*), o STF claramente admitiu a incorporação imediata do direito internacional ao direito interno (*international law is part of the law of the land*), pelo menos no que diz respeito às normas que emanam de fonte consuetudinária”. MADRUGA, Antenor. *Ob. cit.*, p. 139.

166 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 9.696-3. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 31/05/1989. Publicado em 12/10/1990.

Sabe-se que a referida Emenda acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 mais dois parágrafos. Trataremos aqui precisamente do § 3º. Esse novel dispositivo surgiu com a finalidade de dirimir as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais, notadamente os que versam sobre Direitos Humanos.

Ocorre que o referido parágrafo vem sendo objeto de discussões acaloradas por parte dos estudiosos do Direito Constitucional e do Direito Internacional. Algumas das problemáticas levantadas serão abordadas nas linhas que se seguem, principalmente no que toca a constitucionalização formal dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ao impacto do § 3º do art. 5º na processualística de internalização dos tratados, os efeitos decorrentes de sua aplicação, bem como a possibilidade dos tratados internacionais incorporados com o novo rito servirem como parâmetro de compatibilidade vertical das normas no ordenamento jurídico brasileiro.

A análise do citado dispositivo também examinará as fortes críticas elaboradas pela doutrina contra a legitimidade do dispositivo em comento. Argumentos como a inconstitucionalidade do § 3º, o retrocesso do legislador constituinte derivado em positivá-lo no texto da Constituição e a discricionariedade conferida ao Estado em definir qual a liturgia de incorporação a ser adotada, também serão enfrentados.

De forma breve, também será abordado se há possibilidade de Denúncia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pelo Estado brasileiro após a internalização dos mesmos com base no rito proposto pelo § 3º do art. 5º.

Não se espera com as linhas vindouras esgotar o tema e apontar solução para todas as problemáticas que envolvem o dispositivo em estudo, mas sim contribuir de algum modo para o debate e consolidação de algumas teses já levantadas.

Inicialmente, convém destacar que há uma enorme polêmica na doutrina e jurisprudência pátria acerca do status dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme será mais bem detalhado oportunamente, alguns defendem a hierarquia legal, outros, com base do § 2º do art. 5º da CF/88, argumentam pelo valor constitucional¹⁶⁷, ainda há os que sustentam o caráter infraconstitucional e supralegal, e, por fim, uma corrente mais

167 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua Eficácia*. In.: GOMES, Eduardo Biacchi; Reis, Tarcísio Hardman. *O Direito Constitucional Internacional após a Emenda 45/04 e os Direitos Fundamentais*. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 164.

avanzada e minoritária, levanta a tese da supraconstitucionalidade dos referidos tratados.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou diversas vezes acerca da hierarquia dos tratados internacionais, inclusive dos que versam sobre Direitos Humanos. O entendimento da Corte Maior está longe de ser unânime acerca do tema, conforme será aprofundado posteriormente.

Com a finalidade de dirimir todas as controvérsias acerca do escalonamento dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador constituinte derivado, através da Emenda Constitucional 45/2004, positivou um novo rito de incorporação dos referidos tratados, que uma vez obedecido viria a conferir *status* constitucional às normas neles contidas. Reza o § 3º do art. 5º que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A E.C 45/04 resultou da aprovação da PEC nº 096/92, apresentada em 29 de março de 1992 à Mesa da Câmara dos Deputados pelo Dep. Fed. Hélio Bicudo, com a finalidade de promover uma verdadeira reestruturação no Poder Judiciário brasileiro¹⁶⁸.

Ocorre que no bojo desta ampla Reforma do Judiciário, surge, no substitutivo apresentado pela Relatora Zulaê Cobra Ribeiro, o seguinte dispositivo a ser acrescentado ao art. 5º da Carta vigente: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, condicionada à aplicação pela outra parte¹⁶⁹.

Destaca Sílvia Loureiro, que da análise dos autos da emenda em comento, infere-se que o dispositivo acima transcrito foi incluído no substitutivo da Relatora, muito provavelmente por meio de sugestão encaminhada àquela relatoria, reforçado tal entendimento pelas seguintes evidências: a) em primeiro lugar, a análise da proposta de emenda constitucional original não previa a alteração ou inclusão de nenhum dos dispositivos do artigo 5º, restringindo-se aos artigos referentes ao Poder Judiciário; b) em segundo lugar, na consulta realizada aos volumes de emen-

168 LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 213.

169 *Idem*, p. 215.

das apresentadas perante a Comissão Especial não foi encontrada qualquer emenda parlamentar nesse sentido, ainda que tivesse sido rejeitada, total ou parcialmente; c) ademais, o primeiro substitutivo apresentado com base nas emendas acima referidas – PEC n. 096/92-A – mantém a mesma matéria de mérito da proposta de emenda constitucional originária; d) enfim, quando o projeto foi redistribuído para a relatoria da Deputada Zulaiê Costa Ribeiro, não havia mais prazo para apresentação de emendas parlamentares, no entanto, consoante com o que consta do relatório, ‘a comissão abriu prazo para discussão e recebimento de sugestões, com vistas à elaboração de parecer’¹⁷⁰.

A sugestão de que trata a referida autora partiu do Min. Celso de Mello, conforme atesta suas próprias palavras encontradas às páginas 37 e 38 do Voto (Vista) proferido em 12 de março de 2008, no julgamento do Habeas Corpus nº 87.585-7/TO:

Quando Presidente do Supremo Tribunal Federal (1997/1999), tive a honra de ver acolhida, pela eminente Deputada Zulaiê Cobra, então Relatora da Comissão Especial da Reforma do Poder Judiciário, em Substitutivo que ofereceu à PEC nº 96/92, proposta que sugeri àquela Comissão da Câmara dos Deputados, no sentido de conferir qualificação jurídico-constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, objetivando, com tal sugestão, superar a polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno do alcance do § 2º do art. 5º da Constituição.

Diante dos fatos e lições até aqui narrados, observa-se que a proposta de acrescentar o § 3º ao art. 5º da CF/88, “pegou carona” na Reforma do Judiciário. Não havendo, portanto, profundidade na discussão acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos por parte do Parlamento brasileiro.

Independentemente da forma como foi debatido e aprovado no Congresso Nacional, o § 3º do art. 5º exige atenção por parte dos que se propõe a estudar a

170 *Ob. cit.*, p. 215/216.

dinâmica constitucional da internalização e hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos¹⁷¹.

Com o advento do dispositivo em tela, alguns rejeitaram completamente a possibilidade de conferir hierarquia constitucional aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos internalizados sem o novel rito específico¹⁷². Portanto, o que viria a conferir *status* constitucional a um tratado de direitos humanos seria o procedimento previsto no descrito § 3º e não a jufundamentalidade ou constitucionalidade material das normas previstas em um tratado¹⁷³. Esse último é claramente o entendimento seguido pela atual composição do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁴, apesar da divergência existente entre alguns Ministros, conforme será oportunamente discutido.

Diante do exposto, constata-se que o § 3º, apesar de tentar solucionar o impasse da hierarquia dos tratados, acabou por gerar mais dúvidas ainda, principalmente no que toca aos tratados que tratam da proteção aos Direitos Humanos incorporados antes da E.C 45/04¹⁷⁵.

Em veemente crítica a iniciativa do constituinte derivado, Mazzuoli sustenta que seria premente “incluir em nossa Carta Magna não um dispositivo hierar-

171 O dispositivo em apreço, bem como a possibilidade de se complementar a Constituição através da incorporação de um tratado internacional, encontra-se previsto na Lei Fundamental Alemã, precisamente no art. 79. Conforme destaca Mazzuoli, o artigo citado prevê que os tratados internacionais, sobretudo, dentre outros, os relativos à paz, podem complementar a Constituição, desde que aprovados por dois terços dos membros do Parlamento Federal (Bundestag) e dois terços dos votos do Conselho Federal (Bundesrat). *O Novo...*, p. 166.

172 MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Ob. cit.*, p. 146.

173 “Não há, entretanto, que se confundir a materialidade de normas constitucionais com as características que autorizam a sua inclusão no direito constitucional formal”. RAMOS, Elival da Silva. *Ob. cit.*, p. 140.

174 Cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *O § 3º do Art. 5º da Constituição Federal: Um Retrocesso para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. V. 6, N. 6. Fortaleza: Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2005, p. 126.

175 “O que se vê, de forma acentuada, principalmente após a promulgação da EC nº 45/04, é que reside ainda desconfortável hesitação no que concerne à aplicação das normas constitucionais alteradas, inclusive aquela relativa ao § 3º do art. 5º, da Constituição Federal, que estabelece o procedimento legislativo adequado para a aprovação dos tratados sobre direitos humanos”. NETO, Manoel Jorge e Silva. *Devido Processo Legislativo e Aprovação de Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, janeiro/fevereiro/março de 2010, p. 01.

quizando os tratados de direitos humanos, mas sim um dispositivo que reforçasse o significado do § 2º do artigo 5º, dando-lhe interpretação autêntica”¹⁷⁶.

Felizmente, alguns argumentos são colhidos na doutrina em defesa da hierarquia constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos independentemente do rito observado¹⁷⁷, conforme lição de Piovesan:

Por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado introduzido pelo § 3º do mesmo artigo (fruto da Emenda Constitucional n. 45/2004), ao reforçar a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, vem a adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Nesta hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o Texto Constitucional¹⁷⁸.

Dos argumentos acima descritos, depreende-se que o § 3º do art. 5º só veio para reconhecer o caráter material de normas constitucionais aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e conferir a hierarquia formalmente constitucional aos referidos¹⁷⁹.

176 *O Novo...*, p. 173.

177 Cf. SARLET. Ingo Wolfgang. *A REFORMA DO JUDICIÁRIO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: ALGUMAS NOTAS SOBRE O NOVO § 3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO*. Revista Depoimentos, Vitória, nº 9, jan./dez. 2005, p. 17.

178 *Ob. cit.*, p. 347.

179 Essa tese já foi, inclusive, defendida no STF, em voto proferido pelo Min. Joaquim Barbosa no AI 601.832-AgR, em 17/03/2009.

Essa tese encontra fortes argumentos contrários¹⁸⁰. Primeiro, cabe destacar que para grande parte da doutrina, principalmente os constitucionalistas mais conservadores, aqueles que ainda sustentam uma ideia de soberania absoluta, o § 2º do art. 5º não tem força suficiente para conferir *status* constitucional aos tratados que versam sobre Direitos Humanos. Tais tratados teriam hierarquia infraconstitucional, apenas¹⁸¹. Segundo, o § 3º do art. 5º somente poderia ser aplicado para tratados internalizados após a E.C. 45/04, permanecendo, dessa forma, os tratados anteriores e os posteriores incorporados sem o novel rito, com hierarquia infraconstitucional. Terceiro, como bem adverte Sarlet, é no mínimo questionável o entendimento de que por força da E.C. 45/2004 todos os tratados que versem sobre Direitos Humanos já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, vez que é impossível aplicar neste caso o argumento da recepção quando se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível transmutar um decreto legislativo aprovado pela maioria simples do Congresso Nacional em emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à Constituição¹⁸².

Discordando dos argumentos acima expostos, André Ramos Tavares sustenta que o novo rito estabelecido pelo § 3º do art. 5º é totalmente compatível com as regras anteriores. Desse modo, a partir da E.C. 45/04, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos passaram, automaticamente, a ter a natureza de emenda constitucional, não podendo, portanto, ser abolidos ou restringidos em nenhuma hipótese¹⁸³.

Voltando para análise da literalidade do § 3º do art. 5º, o que significa dizer ‘equivalentes à emenda constitucional’? Qual seria a diferença entre uma Emenda Constitucional e um Tratado Internacional de Direitos Humanos que lhe fosse equivalente? Tais questões ainda não foram diretamente enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal, o que fará com que nossa tentativa de resposta seja embasada, principalmente, em argumentos doutrinários.

180 O primeiro alerta a ser dado, aqui, é quanto à equivocada ideia de que o novo § 3º do art. 5º da CB estaria a ratificar a posição doutrinária que sempre sustentou a estrutura constitucional dos tratados sobre direitos humanos. TAVARES, André Ramos. *Ob. cit.*, p. 42.

181 Cf. MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Ob. cit.*, p. 148/149.

182 *Ob. cit.*, p. 15.

183 *Ob. cit.*, p. 48.

As Emendas Constitucionais provenientes do legislador constituinte derivado tem o poder de alterar o próprio texto da Constituição, como já ocorreram dezenas de vezes na ordem constitucional brasileira. Já os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados com base no novel rito do § 3º do art. 5º são equivalentes a emendas constitucionais. Portanto, é inegável o nível constitucional que os mesmos encontram-se dentro da estrutura hierarquizada das normas jurídicas, tanto do ponto de vista material, quanto do formal. O conteúdo de tais tratados, diferentemente do que ocorre com as citadas Emendas Constitucionais, não altera o texto da Constituição¹⁸⁴. Ele segue em anexo, fazendo parte do Bloco de Constitucionalidade¹⁸⁵ (Constituição, Emendas Constitucionais, Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados pelo rito do § 3º do art. 5º e, para alguns, também compõem o citado bloco, todos os Tratados que versem sobre Direitos Humanos, independentemente do *quorum* de aprovação¹⁸⁶), porém, não incidindo diretamente sobre a redação prevista na Magna Carta¹⁸⁷.

Partindo dessa ideia apresentada, constata-se que há norma constitucional que não está no texto da Constituição (nem explícita, nem implicitamente), ou seja, normas encontradas no bloco de constitucionalidade¹⁸⁸, mas que não alteram o texto da Constituição, também são constitucionais.

Vale ressaltar, conforme lição de Dimoulis e Leonardo Martins, que o tratado internacional de direitos humanos ratificado com o procedimento do § 3º do art. 5º da CF/88, passa a integrar aquilo que foi denominado como *bloco de constitucionalidade*. Mesmo nessa hipótese o tratado permanece em posição de inferioridade em relação ao texto da Constituição, já que deve respeitar as limitações materiais do poder de reforma constitucional (as denominadas ‘cláusulas pétreas’)

184 Cf. SARLET. Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 21.

185 “Não foi com a Emenda Constitucional n. 45/2004 que surgiu, no direito brasileiro, um bloco de constitucionalidade. Existe um bloco de constitucionalidade na ordem jurídica brasileira, ao menos, desde 25 de agosto de 1992, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 2, que dispôs sobre o plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias sem alteração do texto constitucional. Pode-se afirmar, dessa forma, que ganhou importância no direito brasileiro a noção de bloco de constitucionalidade após a inserção dos tratados internacionais de direitos humanos em seu objeto”. MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Ob. cit.*, p. 159.

186 Cf. LAFER, Celso. *Ob. cit.*, p. 17.

187 “Os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, têm, pois, posição hierárquica constitucional, ainda que não integrem o texto constitucional”. MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Ob. cit.*, p. 158.

188 Cf. SARLET. Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 17.

estabelecidas no art. 60, § 4º, da CF¹⁸⁹. Desse modo, normas contidas nos tratados citados somente podem derogar (implicitamente) as previstas no texto da Constituição caso sejam mais favoráveis à proteção dos Direitos Humanos, ou seja, na hipótese de ampliação dos Direitos.

Diante do entendimento dos citados autores, há que se indagar se os ditos tratados devem respeitar apenas as limitações materiais ou também as formais (art. 60, § 1º). Entendemos que a resposta a presente questão deve ser positiva, ou seja, a análise da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos somente poderia ser feita após cessarem as limitações formais.

Em acatando a tese do *status* constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com base no § 2º do art. 5º, qual seria a diferença entre o referido *status* e a equivalência a emendas constitucionais?

Inicialmente, convém mencionar que no primeiro caso, muito embora haja embate, os tratados são constitucionais apenas no aspecto material, enquanto que no segundo, eles serão constitucionais tanto no aspecto material, quanto no formal.

Outra diferença a ser defendida é que os tratados de direitos humanos com *status* constitucional (§ 2º do art. 5º) são considerados como uma extensão do Poder Constituinte Originário. Com efeito, seria como se o constituinte de 1988 tivesse optado por transformar a referida cláusula de abertura em sua manifestação permanente. Ao contrário, os tratados incorporados com base do § 3º do art. 5º, seriam fruto do constituinte derivado.

No primeiro caso, em caso de conflito entre as normas constitucionais previstas no texto da Constituição e as decorrentes dos tratados, aplicar-se-á os métodos de hermenêutica para dirimir as aparentes colisões (proporcionalidade, sopesamento, concordância prática etc.). No segundo, as normas seriam consideradas inconstitucionais se violassem o núcleo intangível da Constituição.

Segundo Mazzuoli, outros efeitos mais amplos são passíveis de serem identificados na distinção entre tratados com *status* constitucional e os equivalentes a emendas. São três os efeitos:

- 1) eles passarão a *reformular* a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional;

189 Cf. SARLET. Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 42.

2) eles não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento dessa regra (o que não é possível fazer - responsabilizar o Chefe de Estado - tendo os tratados somente *status* de norma constitucional); e 3) eles serão paradigma do controle *concentrado* de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados do art. 103 da Constituição (v.g., o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB etc.) proponham no STF as ações elo controle abstrato (v.g., ADIn, ADECON, ADPF etc.) a fim de invalidar *erga omnes* as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis¹⁹⁰.

Conforme já fora afirmado, muitas dúvidas surgiram após a E.C 45/04 acerca do novo procedimento de incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Como visto, um tratado internacional necessita para ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, em síntese, de aprovação do Congresso Nacional, ratificação e promulgação por parte do Presidente da República. Após a Reforma do Judiciário, necessário se faz avaliar como o novo rito se encaixaria com o disposto nos artigos 49, I e 84, VII, ambos da CF/88.

Um problema a ser enfrentado no que toca ao procedimento previsto no § 3º do art. 5º, consiste em saber se o novo rito dispensa a ratificação e a edição de Decreto de Promulgação por parte do Chefe de Estado, vez que tais tratados seriam equivalentes a emendas constitucionais e essas dispensam a sanção do Presidente da República para serem aprovadas¹⁹¹.

190 *O Controle Jurisdicional...*, p. 46.

191 “[...] justamente em virtude da sistemática própria dos tratados (que reclamam regular e prévia ratificação e que implica automática submissão ao Congresso Nacional), de tal sorte que a iniciativa do processo de emenda constitucional, haverá de ser, no caso dos tratados em matéria de direitos humanos, sempre do Presidente da República, que detém tanto a competência privativa para a celebração do tratado, quanto a prerrogativa (em regra não exclusiva, à exceção, agora, dos tratados de direitos humanos) da iniciativa das emendas constitucionais (art. 60, inc. II, da CF), dispensada, por óbvio, a ratificação presidencial, de vez que as emendas entram em vigor a partir de sua promulgação pelo Congresso Nacional (art. 60, § 3º, da CF). Cumpre notar, todavia, que a exegese sugerida também parece apontar para o caráter cogente da deliberação por meio do procedimento qualificado das emendas constitucionais”. SARLET. Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 22.

A primeira interpretação é no sentido de que a competência do Congresso Nacional para referendar os tratados internacionais assinados pelo Executivo (constante do art. 49, I, da Constituição), autorizando este último à ratificação do acordo, não resta suprimida pela nova sistemática do § 3º do art. 5º da Carta de 1988, uma vez que a participação do Legislativo no *processo de celebração* de tratados internacionais no Brasil é uma só: aquela que aprova ou não o seu conteúdo, e mais nenhuma outra. Não há que se confundir o *referendo* dos tratados internacionais, de que cuida o art. 49, I, da Constituição, materializado por meio de um Decreto Legislativo (aprovado por maioria simples) promulgado pelo Presidente do Senado Federal, com a segunda eventual manifestação do Congresso para fins de pretensamente decidir sobre qual *status* hierárquico deve ter certo tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, de que cuida o § 3º do art. 5º da Constituição¹⁹².

Partindo desse entendimento, caberia ao Congresso Nacional manifestar-se acerca da equivalência de emenda constitucional a um tratado internacional de direitos humanos somente depois do mesmo ter concluído o seu procedimento de incorporação. Essa interpretação não nos parece ser a mais adequada, pois atenta frontalmente contra a celeridade e economia do trâmite de internalização.

Noutra visão, observa-se que a Constituição em momento algum diz que se aprovará uma emenda, mas sim um ato (decreto legislativo) que terá equivalência de emenda constitucional. Desse modo, tende-se a continuar a utilizar o mesmo procedimento de antes da EC 45/2004, devendo o tratado ser aprovado pelo Congresso por decreto legislativo, porém com uma particularidade, pode o Legislativo decidir se com o *quorum* de emenda constitucional ou sem ele. Essa nos parece ser a melhor orientação a seguir, a fim de evitar que se adube a morosidade dos nossos parlamentares.

No que tange a necessidade de ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito do § 3º do art. 5º, bem como a de editar Decreto promulgando o tratado na ordem jurídica interna, manifestam-se Dimoulis e Martins que em virtude da exigência de *quorum* igual ao previsto no art. 60 para emendas constitucionais, não há mais que se falar na edição de decreto do Presidente da República, já que as emendas constitucionais são promulgadas sem a sua participação¹⁹³.

192 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle...*, p. 35.

193 *Ob. cit.*, p. 41. Nesse mesmo sentido é a lição de André Ramos Tavares. *Ob. cit.*, p. 45/46.

Contrário à exclusão da manifestação do Executivo, Mazzuoli defende que uma análise puramente literal do referido dispositivo, inicialmente levaria o intérprete a entender que a partir da aprovação do Parlamento, pelo *quorum* de três quintos e em dois turnos, os tratados de direitos humanos já passam a equivaler às emendas constitucionais, o que não é verdade, visto que para que um tratado entre em vigor é imprescindível a sua futura ratificação pelo Presidente da República e, ainda, que já tenha a potencialidade para produzir efeitos na órbita interna, não se concebendo que um tratado de direitos humanos passe a ter efeitos de emenda constitucional antes de ratificado e, muitos menos, antes de ter entrado em vigor internacionalmente¹⁹⁴.

Na praxe das relações internacionais brasileiras, encontramos a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ambos assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, como únicos atos internacionais submetidos, até o presente momento (27/02/2012), ao procedimento descrito no § 3º do art. 5º da CF/88. Diante dessa nova situação que se apresenta, necessário de faz elaborar uma breve análise do rito seguido pelos órgãos estatais na incorporação do referida Convenção e de seu Protocolo.

Inicialmente, o Chefe do Poder Executivo, nos termos do já comentado art. 84, VIII, manifestou o aceite provisório aos dois tratados acima referidos em 30 de março de 2007. Seguindo a liturgia da celebração dos tratados, ele enviou ao Congresso Nacional a Mensagem nº 711, de 26 de setembro de 2007, cujo teor é o seguinte:

Nos termos do disposto no § 3º do art. 5º, combinado com art. 49, inciso I, e com o art. 84, inciso VIII, da Constituição, submeto à elevada consideração de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

Na referida Exposição de Motivos, o então Min. Celso Amorim, sugeriu que por tratar a citada Convenção e seu Protocolo Facultativo sobre Direitos Humanos, os textos deveriam ser encaminhados ao Parlamento brasileiro com a

194 *O novo* § 3º..., p. 181. Nesse sentido é a lição de Elival da Silva Ramos. *Ob. cit.*, p. 174.

expressa intenção do Executivo que eles fossem incorporados ao ordenamento jurídico pátrio de forma equivalente a emenda constitucional, conforme o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira.

Recebida a Mensagem, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) determinou que fosse constituída uma Comissão Especial, nos termos do art. 34 do Reg. Interno da Câmara dos Deputados (RICD), em virtude de a matéria ser de interesse de um largo número de comissões permanentes, conforme Ata da 329ª Sessão, em 23 de novembro de 2007, publicada no Diário da Câmara dos Deputados no dia posterior.

Por requerimento dos líderes, nos termos do art. 155 do RICD, a Mensagem nº 711 foi apreciada em regime de urgência, conforme consta publicado no DCD, de 9 de maio de 2008, fls. 19920.

Em 17 de maio de 2008, algumas questões de ordem foram levantadas acerca da determinação da Presidência da Câmara dos Deputados em apreciar a matéria em turno único e sem o parecer da Comissão Especial. Argumentos foram trazidos no sentido de que a matéria deveria ser apreciada em dois turnos e não em turno único, bem como ela só poderia ser apreciada pelo Plenário após o parecer da Comissão Especial. Razão assiste na exigência dos dois turnos, consoante dispõe o § 3º do art. 5º, bem como da obrigatoriedade do parecer da Comissão Especial, visto que a aprovação do regime de urgência não pode sobrepor-se a exigência regimental de manifestação de algumas comissões temáticas da Câmara dos Deputados.

Fato curioso e digno de destaque é que a Presidência da Câmara, decidindo questão de ordem formulada pelo Dep. José Carlos Aleluia, entendeu que a matéria somente seria submetida a um segundo turno de votação caso fosse alcançado no primeiro *quorum* qualificado de três quintos dos membros da Câmara. Dessa forma, a não manifestação positiva do referido *quorum* faria com que se seguisse o trâmite de aprovação dos atos internacionais, porém, sem possibilidade de equivalência a emenda constitucional.

Reconhecendo, dentre outros fundamentos, que não há qualquer afronta a soberania nacional, que a referida Convenção e seu Protocolo Facultativo não serão incorporados ao texto da Carta Magna, mas apenas terão hierarquia constitucional, o Dep. Eduardo Barbosa emitiu parecer pela aprovação da Mensagem na forma de Projeto de Decreto Legislativo, conforme consta do DCD, de 14 de maio de 2008, p. 20421.

Munidos do Parecer da Comissão Especial no sentido da aprovação dos referidos atos internacionais, bem como da incorporação com equivalência à emenda constitucional, conforme consta do DCD, de 14 de maio de 2008, p. 20424/20425, os Deputados apreciaram na sessão plenária de 13 de maio de 2008 o Projeto de Decreto Legislativo nº 563/2008. O Projeto foi votado e aprovado em primeiro turno, com 418 (quatrocentos e dezoito) votos a favor e nenhum voto contrário, sendo de 11 (onze) as abstenções e encaminhado para segundo turno para somente ser votado com o interstício de 5 (cinco) sessões ordinárias entre um turno e outro.

No segundo turno, o Projeto de Decreto Legislativo foi novamente aprovado, em 28 de maio de 2008, com 353 (trezentos e cinquenta e três) votos favoráveis, nenhum contra e 4 (quatro) abstenções, conforme consta do DCD, de 29 de maio de 2008, p. 23.838. Findo o procedimento na Câmara dos Deputados, o citado Projeto foi encaminhado ao Senado Federal para apreciação.

No Senado Federal o Projeto de Decreto Legislativo recebeu o nº 90/2008. Encaminhado para a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, o Sen. Eduardo Azeredo opinou pela aprovação do referido projeto. Com o parecer favorável, o projeto foi enviado para análise do plenário, oportunidade em que recebeu 59 (cinquenta e nove) votos a favor e uma abstenção, conforme consta às fls. 24971 e 24972, do DSF, publicado em 03 de julho de 2008. Após a aprovação do requerimento dos líderes partidários pela dispensa de interstício entre o primeiro e segundo turnos do projeto, ele foi novamente submetido à votação do plenário, oportunidade em que recebeu 56 (cinquenta e seis) votos favoráveis e nenhum voto contrário, conforme consta às fls. 24.989/24.996, do DSF, publicado em 03 de julho de 2008. Com a manifestação amplamente favorável dos Senadores, o Presidente do Senado Federal, a época o Sen. Garibaldi Alves Filho, promulgou o Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, em que aprova, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

Considerando a aprovação do Congresso Nacional, efetivada nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o Presidente da República, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 84, VII, também da CF/88, ratificou a referida Convenção e o seu Protocolo Facultativo, depositando o instrumento de ratificação dos referidos em 01 de agosto de 2008 junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas,

bem como promulgou através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, para fins de vigência no plano interno.

Apesar de alguns autores, conforme descrito anteriormente, entenderem que com a aprovação do citado Decreto Legislativo já findaria o processo de incorporação dos tratados com base do § 3º do art. 5º, não foi essa a prática utilizada pelo Estado brasileiro, pois a citada Convenção e o seu Protocolo Facultativo somente adquiriram vigência na órbita do direito estatal após a publicação do Decreto de Promulgação do Presidente da República¹⁹⁵.

Mesmo com o exemplo descrito nas linhas acima, algumas questões ainda encontram-se em aberto. Uma delas é saber se o novo rito previsto no § 3º do art. 5º para incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos deve ser obrigatoriamente seguido para os novos tratados celebrados pelo Estado brasileiro?

Alguns entendem que essa resposta tem que ser positiva, com base no princípio do devido processo legislativo¹⁹⁶. Note-se que essa tese não prega que todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm que ser equivalentes a emendas constitucionais, mas sim que o procedimento de incorporação tem que inicialmente passar pela apreciação em dois turnos de votação dos membros as Casas do Congresso, sob pena de inconstitucionalidade formal. Caso não seja aprovado com o *quorum* qualificado de três quintos, “restará a alternativa do processo legislativo ordinário, que poderá ser iniciado em distinta sessão legislativa daquela em que rejeitada a proposta de emenda à constituição, a teor da proibição destacada no § 5º do art. 60/CF”¹⁹⁷.

Observa-se das linhas acima que todos os tratados internacionais que versarem sobre Direitos Humanos terão que ser submetidos à nova regra do § 3º do art. 5º¹⁹⁸, bem como, conforme já debatido em sessão plenária da Câmara dos Deputados, a não aprovação com o *quorum* qualificado não impedirá que o pro-

195 “O instrumento aprobatório do tratado de direitos humanos será o mesmo decreto *legislativo* usado em todos os demais tratados referendados pelo Parlamento, mas com a diferença de poder este mesmo *decreto* ser aprovado com a maioria de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Aprovado com esta maioria o tratado ainda *não integra* o acervo normativo nacional, dependendo de ser *ratificado* pelo Chefe do Estado, quando somente então poderá ter efeitos na órbita do ordenamento jurídico interno (e, mesmo assim, caso já esteja em vigor no plano internacional)”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle...*, p. 40.

196 Cf. NETO, Manoel Jorge e Silva. *Ob. cit.*, p. 05.

197 *Idem*, p. 05.

198 Cf. TAVARES, André Ramos. *Ob. cit.*, p. 43.

cesso de incorporação siga o seu curso, apenas, nesse caso, a eventual aprovação do Congresso Nacional não tornará o tratado equivalente à emenda constitucional, em virtude do descumprimento da regra dos três quintos.

Não concordamos, *data venia*, com o entendimento do Prof. André Ramos Tavares no sentido da impossibilidade de um tratado internacional que verse sobre Direitos Humanos, após a E.C 45/004, somente se internalizado se seguir o rito do § 3º do art. 5º¹⁹⁹.

Diversamente dos autores citados, seguimos o entendimento que tais tratados podem ser aprovados sem o *quorum* qualificado, o que acarretaria, conseqüentemente, a não equivalência a emendas constitucionais²⁰⁰. Portanto, ao nosso entender, duas seriam as categorias dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Primeiro, tem-se os equivalentes a emendas constitucionais, formalmente constitucionais em virtude de terem sido incorporados com o novel rito do § 3º do art. 5º²⁰¹. Segundo, os materialmente constitucionais, por interpretação conferida ao § 2º do mesmo art. 5º, apesar de não ser esta última a interpretação dominante no Supremo Tribunal Federal, bem como em parte da doutrina²⁰².

Pensando de forma sistemática, outra pergunta pode ser formulada. Em que momento e/ou etapa do processo de celebração/incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos tem lugar o rito do § 3º do art. 5º?

Como narramos no procedimento de internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, o momento mais propício para inclusão da nova regra prevista no § 3º do art. 5º será quando da manifestação do Congresso Nacional acerca da aprovação dos tratados internacionais. Dessa forma, necessário se faz uma interpretação sistemática entre o parágrafo citado e o art. 49, I, ambos da Constituição Federal. Somos contrários ao

199 *Idem*, p. 44. Nesse mesmo sentido, manifestam-se Dimoulis e Martins. *Ob. cit.*, p. 42.

200 “Perceba-se que o § 3º do art. 5º não obriga o Poder Legislativo a aprovar eventual tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado que estabelece. O que o parágrafo faz é tão somente autorizar o Congresso Nacional a dar, quando lhe convier, a seu alvedrio e a seu talante, a ‘equivalência de emenda’ aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Isto significa que tais instrumentos internacionais poderão continuar sendo aprovados por maioria simples do Congresso Nacional (segundo a regra do art. 49, I, da Constituição), deixando-se para um momento futuro (depois da ratificação) a decisão do povo brasileiro em atribuir a equivalência de emenda a tais tratados internacionais”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle...*, p. 38.

201 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Ob. cit.*, p. 43.

202 *Idem*, p. 44.

entendimento de que somente depois da ratificação por parte do Estado brasileiro e, conseqüentemente, da vigência internacional é que o tratado internacional de direitos humanos seria submetido à apreciação do Congresso Nacional para fins da atribuição de equivalência a emendas constitucionais²⁰³.

Outra dúvida consiste em saber a quem caberia decidir acerca da natureza de um tratado internacional como protetiva ou não de Direitos Humanos? Ao Chefe do Poder Executivo quando do envio de Mensagem ao Congresso Nacional ou ao Legislativo²⁰⁴ quando de sua apreciação? Com base na prática anteriormente descrita, coube ao Presidente da República, quando do envio de Mensagem ao Congresso Nacional, solicitar a observância do rito do § 3º do art. 5º, com fundamento no disposto na Exposição de Motivos do Ministro das Relações Exteriores. Dessa forma, qualificado pelo Executivo como de Direitos Humanos, um tratado seria submetido à apreciação do Congresso com a possibilidade de aprovação pelo *quorum* qualificado.

Adotando-se como legítima a qualificação atribuída a um tratado internacional pelo Poder Executivo, entendemos que em caso de discordância acerca da natureza do tratado internacional, se de direitos humanos ou não, entre o Executivo e o Parlamento, caberá ao Supremo Tribunal Federal dirimir a controvérsia.

Dúvida maior ainda ocorrerá quando um tratado internacional trouxer apenas parte de seus dispositivos inerentes à proteção dos Direitos Humanos, ou seja, o tratado versaria sobre Direitos Humanos e outros temas. Nesse caso, o § 3º do art. 5º ou mesmo qualquer outro dispositivo constitucional não aponta qualquer solução. Dimoulis e Martins entendem que nessa situação, “seria necessário desmembrar tratados internacionais que eventualmente regulamentem matérias consideradas não pertinentes aos direitos humanos, complicando o procedimento

203 [...] o único momento do processo de celebração de tratados em que poderá ter lugar o referido § 3º será depois de ratificado o acordo e depois de o mesmo já se encontrar em vigor internacional. Ou seja, caso o Congresso Nacional decida integrar formalmente o tratado à Constituição, para além do seu status materialmente constitucional, deverá aguardar a ratificação do acordo e o seu início de vigência internacional. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo § 3º...*, p. 182. No mesmo sentido é o pensamento de Ingo Sarlet. *Ob. cit.*, p. 21.

204 Caberá à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, no âmbito das respectivas atribuições, examinar o objeto dos tratados internacionais submetidos à aprovação do Congresso Nacional para submetê-los ou não ao regime especial de votação estabelecido pela EC 45/04. É evidente que, *a posteriori*, caberá ao Poder Judiciário definir a natureza dos tratados incorporados ao nosso direito interno, podendo-lhes reconhecer nível hierárquico infraconstitucional, embora aprovados nos termos do § 3º, do art. 5º, da CF/88, caso tenham por objeto matéria diversa da proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. RAMOS, Elival da Silva. *Ob. cit.*, p. 175.

de adoção e aumentado o risco de sua aceitação parcial em virtude de diferença no *quorum* exigido”²⁰⁵.

Não concordamos com o que fora defendido pelos citados autores. A nossa ideia é que o Tratado Internacional de Direitos Humanos seria submetido ao rito do § 3º do art. 5º, porém, com uma adaptação. Caberia ao Congresso Nacional avaliar quais normas seriam de proteção aos Direitos Humanos, portanto, em sendo aprovadas seriam equivalentes a emendas constitucionais. Como não cabe ao Legislativo oferecer emendas ou reserva a determinado tratado, ele aprovaria o ato internacional totalmente, porém, as normas que não se referissem a Direitos Humanos teriam hierarquia infraconstitucional. Novamente, em caso de conflito acerca da natureza das normas, ele seria dirimido pelo Supremo Tribunal Federal.

Respondendo de forma objetiva a primeira pergunta, defendemos que não cabe ao Chefe do Executivo ou muito menos ao Congresso Nacional²⁰⁶, deliberar acerca da natureza de um tratado internacional. Essa adjetivação de um ato internacional como protetivo dos direitos humanos cabe aos próprios Estados-partes ou a Organização Internacional que chancelou a feitura de um tratado internacional. Desse modo, por exemplo, se um tratado fosse celebrado no âmbito do Sistema Global de proteção dos Direitos Humanos, caberia à própria Organização das Nações Unidas qualificar tal fonte do Direito Internacional como emanadora de normas protetivas dos Direitos Humanos. Portanto, a natureza de protetivo dos Direitos Humanos não fica adstrita ao talante de cada Estado que ratifica um instrumento internacional, mas sim a manifestação da própria sociedade internacional quando das negociações e redação de um tratado internacional.

Novamente estar-se-á a trazer indagações acerca do § 3º do art. 5º. Há possibilidade de submeter os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados antes da E.C. 45/2004 ao novo rito?

Antes de serem trazidos argumentos doutrinários em resposta a indagação apresentada, vale destacar que a E.C. 45/2004, como bem salienta André Ramos Tavares, não trouxe qualquer regra de transição para solucionar o problema proposto²⁰⁷.

Para ser breve, parece-nos que a resposta à questão formulada é apresentada por Mazzuoli, quando afirma que na hipótese de tratados internacionais de

205 *Ob. cit.*, p. 43.

206 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo § 3º...*, p. 183.

207 *Ob. cit.*, p. 47.

direitos humanos ratificados antes da E.C. 45/2004, pode o Congresso Nacional novamente aprová-los, mas agora pelo *quorum* do § 3º, para que esse tratado mude de *status*²⁰⁸. Mas de qual *status* mudaria o tratado? Certamente daquele que o nosso Pretório Excelso entende que têm os tratados de direitos humanos – o *status* de lei ordinária (sua antiga jurisprudência) ou, mais recentemente, de norma supralegal (a partir de 3 de dezembro de 2008, no julgamento do RE 466.343-1/SP, conforme será detalhado posteriormente) –, para passar a deter o *status* de norma constitucional²⁰⁹.

Diante do até aqui exposto, alguns efeitos da internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pelo novel rito do § 3º do art. 5º já podem ser delineados.

Indiscutivelmente, os tratados equivalentes às emendas constitucionais gozam de supremacia perante as normas infraconstitucionais. Dessa forma, a legislação ordinária, caso conflite com tais tratados, será considerada inconstitucional ou terá a sua eficácia suspensa.

Várias são as críticas formuladas pela doutrina sobre o § 3º do art. 5º. Tudo parece ser objeto de discussão por parte dos estudiosos do Direito Constitucional e do Direito Internacional. A técnica legislativa, a topografia constitucional do dispositivo, os efeitos, o procedimento, o retrocesso e até mesmo a constitucionalidade do dispositivo são objeto de ataque. Acirra ainda mais o espírito dos críticos o fato do Supremo Tribunal Federal ainda não ter decidido muitos dos problemas levantados nas linhas pretéritas.

Afirma Mazzuoli que o § 3º do art. 5º, apesar de ter a finalidade de solucionar a problemática da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica pátria, é um exemplo claro de falta de compreensão e de interesse do nosso legislador, no que tange à normatividade internacional de direitos humanos. Além de demonstrar total desconhecimento do Direito Internacional Público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absoluta²¹⁰.

208 Em sentido contrário: “Não há como se aplicar o disposto no § 3º, do art. 5º, a convenções que já haviam sido incorporadas à ordem jurídica brasileira e, por essa via, atribuir-lhes a condição equivalente à das emendas constitucionais”. RAMOS, Elival da Silva. *Ob. cit.*, p. 181.

209 *O novo § 3º...*, p. 31.

210 *O novo § 3º...*, p. 175.

Melhor do que tentar introduzir um dispositivo que atribuisse hierarquia formalmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, seria reconhecer que os ditos tratados já possuíam o citado *status*, com base no § 2º do art. 5º da Constituição Federal²¹¹.

Outra crítica trazida consiste na indefinição de quais tratados deverão ser aprovados pelo novel rito. Essa dúvida pode fazer com que os tratados internacionais de direitos humanos continuem, na visão do STF, com *status* infraconstitucional, o que possibilita a violação dos direitos humanos e a consequente responsabilidade internacional do Estado brasileiro²¹².

Da simples análise do texto do § 3º do art. 5º da CF/88, constata-se que a jusfundamentalidade e/ou a natureza de normas materialmente constitucionais inerente aos Direitos Humanos sucumbe diante do novo procedimento estabelecido²¹³. Além disso, o constituinte derivado parece não ter avaliado as consequências do novo rito, pois ele claramente rompe a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil, uma vez que cria ‘categorias’ jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Estado, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que tem o mesmo conteúdo ético, qual seja a proteção internacional dos direitos humanos. Assim, essa ‘desigualação de iguais’ que permite o § 3º ao estabelecer ditas ‘categorias de tratados’, é totalmente injurídica por violar o princípio (também constitucional) da isonomia²¹⁴.

As críticas até agora trazidas são bem convincentes no que toca a inocuidade do § 3º do art. 5º da CF/88. Mas quem talvez seja mais ríspido com as críticas seja o Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade, conforme consta de palavras que merecem ser literalmente citadas:

Esta nova disposição busca outorgar, de forma bisonha, *status* constitucional, no âmbito do direito interno

211 “Assim, nesse ponto, a Reforma veio apenas impedir um avanço (desenvolvimento) que se poderia verificar na jurisprudência do STF sobre o assunto. Parece que, temendo uma incorporação automática e de nível constitucional (originário) via interpretação do referido § 2º, introduziu exigências que passam pela formalidade do CN. TAVARES, André Ramos. *Ob. cit.*, p. 47.

212 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo § 3º...*, p. 175.

213 Cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 304.

214 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle...*, p. 32.

brasileiro, tão só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal de 1988, que resultou de uma proposta de minha autoria à Assembleia Nacional Constituinte, como historicamente documentado. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um *imbroglio* tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados, - assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, - com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Este retrocesso provinciano põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. A nova disposição é vista com complacência e simpatia pelos assim chamados “constitucionalistas internacionalistas”, que se arvoram em jusinternacionalistas sem chegar nem de longe a sê-lo, porquanto só conseguem vislumbrar o sistema jurídico internacional através da ótica da Constituição nacional. Não está sequer demonstrada a constitucionalidade do lamentável parágrafo 3 do artigo 5, sem que seja minha intenção pronunciar-me aqui a respeito; o que sim, afirmo no presente Voto, - tal como o afirmei em conferência que ministrei em 31.03.2006 no auditório repleto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Brasília, ao final de audiências públicas perante esta Corte que tiveram lugar na histórica Sessão Externa da

mesma recentemente realizada no Brasil, - é que, na medida em que o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira abre a possibilidade de restrições indevidas na aplicabilidade direta da normativa de proteção de determinados tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (podendo inclusive inviabilizá-la), mostra-se *manifestamente incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (artigos 1(1), 2 e 29).

Do prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral, e da normativa da Convenção Americana em particular, o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira não passa de uma lamentável aberração jurídica. O grave retrocesso que representa vem a revelar, uma vez mais, que a luta pela salvaguarda dos direitos humanos nos planos a um tempo nacional e internacional não tem fim, como no perene recomeçar, imortalizado pelo mito do Sísifo. Ao descer a montanha para voltar a empurrar a rocha para cima, toma-se *consciência* da condição humana, e da tragédia que a circunda (como ilustrado pelas histórias de *Electra*, e de Irene Ximenes Lopes Miranda)²¹⁵.

Mesmo concordando em absoluto com as críticas bem escritas pelo Prof. Cançado Trindade, alguns argumentos merecem certa atenção de nossa parte.

O primeiro a ser destacado é a possível inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF/88²¹⁶. Seria o referido dispositivo incompatível com as normas emanadas do legislador constituinte originário em virtude da violação do dever de

215 CIDH. *Caso Ximenes Lopes Vs Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006, Serie C n. 149, voto em separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafos 30 a 32.

216 “[...] argumenta-se que a inovação trazida pela EC 45 é inconstitucional por violar os limites materiais à reforma constitucional, no sentido de que se acabou dificultando o processo de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e cancelando o entendimento de que os tratados não incorporados pelo rito das emendas constitucionais teriam hierarquia meramente legal, de tal sorte que restou restringido, desta forma, o próprio regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais oriundos dos tratados”. SARLET. Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 17.

prevalência dos Direitos Humanos, previsto no já comentado art. 4º, II, e ao art. 5º, § 2º²¹⁷.

Abrindo espaço para o contraditório, vale ressaltar que há entendimento no sentido contrário, ou seja, o novo rito não dificultou a ampliação do catálogo constitucional brasileiro de direitos fundamentais. É o que se depreende das lições de Dimoulis e Martins, quando sustentam que a E.C. nº 45/2004 teve uma clara inspiração ‘internacionalista’, preocupando-se em atribuir valor constitucional a tratados internacionais de direitos humanos... Como admitir que a mesma reforma quisesse dificultar sobremaneira a incorporação dos tratados internacionais, impedindo que fosse ratificado um tratado internacional que reúna a seu favor a maioria simples dos membros das Casas Legislativas?²¹⁸. Nesse aspecto da (in)constitucionalidade do § 3º do art. 5º, devemos esperar até que o Brasil ratifique novos tratados internacionais com a sua aplicação e que essa discussão chegue ao Supremo Tribunal Federal, pois somente assim constataremos quem tem razão²¹⁹.

Além da possível inconstitucionalidade material do novo rito de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, há que se falar em uma também imaginável inconstitucionalidade formal, pois o § 3º do art. 5º criou uma nova figura legislativa não prevista no rol taxativo do art. 59 da Constituição Federal de 1988, o Decreto Legislativo equivalente a Emenda Constitucional.

Diante dos muitos argumentos colacionados, resta-nos posicionarmos junto a George Galindo²²⁰, André Ramos Tavares²²¹, Sílvia Loureiro²²², dentre outros, no sentido no absoluto retrocesso praticado pelo constituinte reformador ao

217 Cf. LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Ob. cit.*, p. 218.

218 *Ob. cit.*, p. 43.

219 “...a despeito de algumas vozes a sustentar a tese da inconstitucionalidade substancial da inovação, não nos parece que seja esta necessariamente a melhor (e muito menos a única) exegese possível, até mesmo pelo fato de que, se o argumento estiver calcado especialmente na resistência de (ainda) boa parte dos integrantes da nossa Corte Suprema em relação à hierarquia constitucional dos tratados em matéria de direitos humanos, também não se poderá esperar que esta mesma Corte, em eventualmente se posicionando pela inconstitucionalidade (o que justamente não nos parece provável), passasse a, de uma hora para outra, posicionar-se em favor da hierarquia constitucional destes tratados, na condição de materialmente constitucionais e fundamentais”. SARLET. Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 28.

220 *Ob. cit.*, p. 305.

221 *Ob. cit.*, p. 43.

222 *Ob. cit.*, p. 219.

dificultar o processo de ampliação e o valor dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro²²³.

Conforme já fora demonstrado, uma vez incorporados ao direito estatal pelo rito do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos passam a contar com o *status* formalmente constitucional, ou seja, no que forem mais favoráveis à proteção dos Direitos Humanos, ampliam o catálogo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos e, consequentemente, passam a ter as suas normas consideradas como cláusulas pétreas²²⁴.

Fazendo parte do núcleo intangível da Constituição, as normas provenientes dos referidos tratados não podem ser suprimidas, nem mesmo por emenda constitucional ou por outro tratado que seja equivalente²²⁵, nos termos do art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal brasileira.

Parece-nos que a natureza de cláusulas pétreas dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos formalmente constitucionais é indiscutível. Diante dessa natureza, podem tais tratados serem denunciados?

O Estado brasileiro só se escusa de cumprir uma obrigação pactuada no âmbito internacional após a verificação de todos os efeitos da Denúncia. Dessa forma, uma vez denunciado determinado tratado internacional, o Brasil não poderá ser responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento de suas obrigações.

Diferentemente do que ocorre em países como a Argentina²²⁶, a Constituição brasileira não exige para a concretização da Denúncia de um tratado internacional a participação do Congresso Nacional. Portanto, a competência para denunciar tratado internacional é exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

223 “Outro aspecto digno de nota – e vinculado ao problema da alegada inconstitucionalidade da inovação – diz respeito ao caráter compulsório ou facultativo da adoção do procedimento mais rigoroso das emendas constitucionais, especialmente em face da redação do dispositivo (“os tratados que forem incorporados...”), que, no mínimo, dá ensejo a tal dúvida e sustenta a adoção do entendimento que a incorporação mediante o procedimento das emendas poderia ser opcional. Tal argumento assume ainda maior relevo em se considerando que – sob o ponto de vista da forma – a incorporação dos tratados em matéria de direitos humanos – consoante já apontado – se tornou mais dificultada, o que, em princípio, poderia ser considerado como contraditório, considerando a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, e o princípio (fundamental) da prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais do Brasil estabelecido no art. 4º da nossa Lei Fundamental”. SARLET. Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 18.

224 Cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 306.

225 Cf. SARLET. Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 19.

226 Cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 306/307.

Em virtude da natureza de cláusulas pétreas das normas contidas em Tratados Internacionais de Direitos Humanos formalmente constitucionais, reconhece-se a limitação a discricionariedade do Presidente da República em denunciar tais tratados²²⁷. De fato, § 4º do art. 60 veda a denúncia dos citados tratados por serem equivalentes a emendas constitucionais²²⁸.

Mesmo os autores que admitem a possibilidade de Denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos entendem que tal ato não produziria qualquer efeito no âmbito interno²²⁹.

Até mesmo o legislador constituinte derivado sofrerá limitações em sua discricionariedade de alterar a Constituição, pois os tratados internacionais de direitos humanos formalmente constitucionais também não podem ser suprimidos por emendas constitucionais posteriores, salvo se mais favoráveis à proteção dos Direitos Humanos²³⁰.

Após essa breve análise dos regimes geral e específico de incorporação dos tratados internacionais, faz-se necessário um estudo da responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos.

227 “Destarte, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro e aprovados internacionalmente como emenda constitucional, portanto seus Direitos Humanos constitucionalizados formalmente, adquirem força jurídica para reformar a Constituição, e não podem ser denunciados, já que gozam do *status* de cláusulas pétreas”. GURGEL, Yara Maria Pereira. *Ob. cit.*, p. 144.

228 “...mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente a sua denúncia, esta não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente (como é a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais), e nem sequer por meio de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são (em matéria de direitos humanos) cláusulas pétreas do texto constitucional”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 190.

229 Cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 307.

230 “Las reglas relativas a los derechos humanos tienen su origen en la común naturaleza humana y, consecuentemente, en el valor universal de la dignidad humana, que beneficia, naturalmente, a todos los seres humanos. El respeto a ultranza de la dignidad humana, sobre lo cual existe un consensus omnium en la comunidad, fija un orden definitivo de valores, cuyo contenido puede variar en el sentido de aumentar – no disminuir –, pero sobre el hecho de la existencia de un orden de esa naturaleza, eso está universalmente reconocido, definitivamente establecido y comúnmente aceptado”. CAVALLLO, Gonzalo Aguilar. *Ob. cit.*, p. 238.

Seção 2 – Responsabilidade Internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos

O estudo da responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos Direitos Humanos, em relevo no presente momento, gera a necessidade inicial de delinear alguns aspectos básicos da referida responsabilidade. Dessa forma, inicialmente será abordado o conceito de responsabilidade internacional do Estado, os seus fundamentos, o caráter objetivo, os elementos, a imputação da responsabilidade ao Estado, no caso brasileiro a União, por atos praticados por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, outros órgãos internos e mesmos os demais entes federativos (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

Questões relevantes discutidas na Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja na via contenciosa ou na consultiva²³¹, como a alegação da coisa julgada como escusa do dever de reparar os danos causados pelo Estado por atos do Poder Judiciário, o esgotamento dos recursos internos e a possibilidade de Estado sofrer condenações por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos por atos emanados do Poder Legislativo em desacordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos ou mesmo com outros Tratados Internacionais de Direitos Humanos, também serão brevemente tratados nesse tópico²³².

Inicialmente, pode-se afirmar que o conceito de responsabilidade internacional do Estado sofre certa influência da Teoria do Órgão²³³. Emanada do

231 “La competencia *consultiva* asume una gran flexibilidad tanto por lo que se refiere a la legitimación activa, ya que puede ser solicitada no sólo por los Estados miembros de la OEA, la Comisión Interamericana y cualquier otro organismo de la propia OEA, dentro del ámbito de sus funciones, sino también respecto del contenido de las consultas, ya que éste se extiende no sólo a la interpretación de la Convención Americana o a la compatibilidad del derecho interno de los países respectivos con la propia Convención, sino también a otros tratados en los cuales se tutelen derechos humanos y tengan aplicación en el continente americano, lo que supera notoriamente la competencia consultiva de otros órganos judiciales internacionales, como la de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos y la de la Corte de las Comunidades Europeas, que en las tres es mucho más restringida”. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista Latinoamericana de Derecho. Año I, núm. 1, enero-junio de 2004, p. 178.

232 Apesar do Brasil também ser signatário de diversos tratados de proteção aos Direitos Humanos emanados do Sistema Global, opta-se por focar o tema à luz do Sistema Interamericano.

233 “[...] pela teoria do órgão, a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestamente a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse; substitui-se a ideia de representação pela de imputação. [...] A teoria do órgão foi elaborada na Alemanha, por Otto Gierke, merecendo grande aceitação pelos publicistas, como Michoud,

Direito Administrativo, em suma, preceitua que os atos praticados pelos agentes estatais são imputados à pessoa jurídica a qual eles pertencem, ou seja, no âmbito da responsabilidade, o dever de reparar o dano causado por um agente público ou por um órgão integrante da estrutura do Estado é sempre de um ente com personalidade jurídica.

Desse modo, pode-se afirmar que o conceito de responsabilidade no cenário internacional é muito mais de índole coletiva do que individual. Quando um agente público estatal erra e comete violação ao direito de outrem, ou quando um Tribunal interno deixa de aplicar um tratado vigente, negando eventual direito a um indivíduo protegido por esse tratado, é o Estado para o qual o agente trabalha que, em princípio, responde pelo dano na órbita internacional²³⁴.

Apesar de a temática necessitar de um maior desenvolvimento na doutrina brasileira, já que são poucos os autores que se detém especificamente no tema, Mazzuoli define a responsabilidade internacional do Estado como:

[...] instituto jurídico que visa responsabilizar determinado Estado pela prática de um ato atentatório (ilícito) ao Direito Internacional perpetrado contra os direitos ou a dignidade de outro Estado, prevendo certa reparação a este último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu²³⁵.

Avançando um pouco mais no conceito acima trazido, devem-se inserir como vítimas da conduta danosa digna de reparação os indivíduos, as organizações internacionais e as organizações não governamentais que atuam no cenário global, pois os sujeitos do Direito Internacional contemporâneo, conforme já salientado outrora, não se resumem apenas aos Estados²³⁶.

Jellinek, Carré de Malberg, D'Alessio, Cino Vitta, Renato Alessi, Santi Romano, Marcello Caetano, entre tantos outros. Com base na teoria do órgão, pode-se definir o órgão público como uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 504/505.

234 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 510.

235 *Ob. cit.*, p. 512.

236 Cf. MIRANDA, Jorge. *Ob. cit.*, p. 309.

Fato inquestionável é que o dever de reparar o dano oriundo de uma conduta derivada do Estado traduz-se em sua responsabilidade internacional quando o citado dano resulta de uma conduta violatória dos tratados internacionais ou mesmo de obrigações previstas em outras fontes do Direito Internacional, ou seja, a responsabilidade internacional do Estado é um conceito de natureza procedimental por excelência, sendo que o conteúdo das normas internacionais violadas pertence a um direito substantivo, formador das chamadas ‘obrigações primárias’²³⁷. Com a violação dessas obrigações, surgem as obrigações secundárias de cunho reparatório, punitivo e pedagógico.

A responsabilidade internacional do Estado por violação aos Direitos Humanos possui uma natureza tão destacada no sistema jurídico internacional, seja o global ou o regional, que a ela é atribuída à característica de norma *jus cogens* e/ou de princípio geral do Direito Internacional²³⁸. Portanto, torna-se imperativo para o Estado o cumprimento não só das normas contidas nas diversas fontes protetivas dos Direitos Humanos, mas também o respeito, acatamento e implementação das decisões desfavoráveis ao Estado emitidas pelas Cortes e Tribunais Internacionais em matéria de reparação aos danos contra os Direitos Humanos.

A referida responsabilidade possui um caráter objetivo. Mas que consequências podem ser vislumbradas para o Estado com a citada característica? Simples, não há para a vítima ou mesmo para quem imputa ao Estado uma conduta atentatória aos Direitos Humanos o dever de provar que o Estado-violador atuou com dolo ou culpa em sua conduta, pois esses elementos volitivos são desconsiderados para fins de imputação da conduta. O que não ocorreria no caso da responsabilidade internacional em tela ser de caráter subjetivo, como ocorrera no passado.

Com essa objetivização da responsabilidade internacional em apreço, o Estado responde pelos danos causados aos Direitos Humanos mesmo quando os atos praticados forem considerados no âmbito interno com lícitos ou constitucionais, já que não podem o Estado-violador alegar seu direito interno para justificar o cumprimento de norma primária presente em uma tratativa internacional por ele incorporada.

237 RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 76.

238 HITTERS, Juan Carlos. *La Responsabilidad del Estado por Violación de Tratados Internacionales. El que ‘rompe’ (aunque sea el Estado) ‘paga’*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 5, n. 1, 2007, p. 207.

Apresentados em síntese o conceito, os fundamentos e o caráter objetivo da responsabilidade internacional, passa-se a uma breve análise dos elementos constitutivos para referida responsabilidade.

§ 1º Os Elementos Constitutivos da Responsabilidade Internacional

Para Jorge Miranda, “em qualquer ordenamento ou sector jurídico, a responsabilidade envolve quatro elementos: 1) um comportamento; 2) a sua imputação (ou, doutra perspectiva, a imputabilidade); 3) o dano; 4) o nexo de causalidade”²³⁹. Apesar da profundidade dos ensinamentos do referido constitucional-internacionalista, a doutrina brasileira especializada não comunga da ideia de que a ‘imputação’ viria a ser um elemento da responsabilidade internacional por violação aos Direitos Humanos. Consequentemente, seriam apenas três os elementos da responsabilidade internacional, ou seja, o fato ilícito internacional, o resultado lesivo e o nexo causal.

O primeiro elemento, o fato ilícito internacional, é oriundo de uma conduta, seja comissiva ou omissiva, atribuível ao Estado nos termos vigentes no sistema internacional, mesmo que lícita na ordem jurídica interna. O ilícito internacional imputado ao Estado pode ser ocasionado pela prática de atos emanados de quaisquer poderes estatais, portanto, leis, atos administrativos, atos políticos, decisões judiciais, mesmo as provenientes da Suprema Corte, podem ser consideradas internacionalmente ilícitas, caso violem Direitos previstos nas fontes internacionais, conforme será mais bem analisado posteriormente.

O resultado lesivo, simplesmente referido na lição outrora citada de Jorge Miranda como ‘dano’, hodiernamente decorre da mera violação as normas contidas nas fontes do Direito Internacional. Desse modo, apesar de alguma oposição ainda existente, o dano como elemento da responsabilidade internacional do Estado por violação aos Direitos Humanos é de caráter jurídico, não se exigindo a comprovação do dano material ou moral sofrido pela vítima²⁴⁰. Somente desenvolvendo o presente raciocínio é que haverá uma efetiva proteção aos Direitos Humanos, pois a exigência de comprovação do dano material ou moral se contrapõe ao espírito protecionista.

Uma das hipóteses de ocorrência de dano imputado ao Estado e passível de responsabilidade internacional é a aprovação/promulgação de lei em dissonância

239 *Ob. cit.*, p. 310.

240Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 202.

com as normas internacionais protetivas dos Direitos Humanos. Nesse caso, não há que se comprovar o dano material de fato, pois a mera incompatibilidade da legislação estatal com as normas internacionais já acarreta a responsabilidade internacional do Estado, conforme será demonstrado no último capítulo dessa pesquisa, quando da abordagem acerca do Controle de Convencionalidade.

O terceiro e último elemento constitutivo da responsabilidade internacional do Estado consiste no nexo causal. Esse elemento consiste na “relação de causa e efeito entre o ato ilícito e o dano”²⁴¹. Dessa forma, o liame entre o fato ilícito internacional praticado e o resultado lesivo ocasionado é chamado de nexo causal. Caso fique demonstrado que não foi à conduta do Estado que violou determinada norma internacional ou que gerou certo resultado lesivo, haverá que se falar em inexistência de nexo causal, e, conseqüentemente, não ocorrerá qualquer responsabilidade por parte do Estado.

Diante do exposto acerca dos elementos constitutivos da responsabilidade internacional, resta claro e evidente que o Estado só será responsabilizado no âmbito do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos se presentes todos os requisitos apresentados, ou seja, um fato ilícito internacional, um resultado lesivo (dano) e um nexo causal entre o referido fato e a violação alegada.

Até o presente momento falou-se bastante em responsabilidade internacional do Estado por violação aos Direitos Humanos, porém, nenhuma linha foi redigida acerca da responsabilidade internacional do Estado por atos praticados por órgãos e agentes integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Sendo a presente temática relevante para compreensão da discussão que ainda está por vir acerca da aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira, passa-se a elaborar algumas considerações.

O sistema jurídico internacional não faz distinção entre os Estados quanto à forma de organização do poder ou mesmo política no que tange a responsabilidade internacional por violações aos Direitos Humanos. Para o Direito Internacional a responsabilidade é de que detém personalidade jurídica na ordem internacional.

No caso brasileiro, a referida personalidade e, conseqüentemente, responsabilidade, incumbe a União, nos termos do art. 21, I da CF/88, já que compete à citada entidade política manter relações com outros Estados e com Organizações Internacionais.

241 *Idem*, p. 205.

Diante do que preceitua o Direito Internacional e a própria Constituição brasileira, a União assumirá a total responsabilidade pelas violações aos Direitos Humanos praticadas pelo Estado brasileiro, não podendo alegar como excludentes de seu dever de reparar os danos os princípios do Pacto Federativo ou da Separação dos Poderes²⁴².

Qualquer ação ou omissão violatória dos Direitos Humanos internacionalmente consagrados, seja decorrente de atos do Poder Executivo, do Legislativo ou mesmo do Judiciário, merecerá as reprimendas das Cortes e Tribunais Internacionais, o que acarretará a responsabilidade internacional do Estado-violador²⁴³.

Não é relevante para o sistema protetivo dos Direitos Humanos se a União não detém competência constitucional para prática do ato violador dos referidos direitos. A União, mesmo incompetente, responde pelos atos atentatórios dos Direitos Humanos além dos limites de sua competência²⁴⁴. A própria Convenção Interamericana de Direitos Humanos preceitua a obrigação do Estado de respeitar os direitos independentemente de qualquer condição²⁴⁵.

Sabe-se que na estrutura organizacional da Administração Pública os atos praticados por órgãos públicos e agentes estatais são imputados às entidades as quais eles pertencem. Assim, um ato ilícito a ordem jurídica interna que for praticado por um membro da Polícia Civil de determinado Estado-membro da Federação será a este atribuído. Na ordem internacional não há a referida imputação ao Estado-membro, mas sim, no caso brasileiro, à União, mesmo o órgão ou agente não fazendo parte de sua estrutura²⁴⁶. Diante do exposto, corrobora-se com

242 PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 304.

243 Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 156.

244 “Cabe acotar que esa responsabilidad arranca de actos u omisiones de cualquiera de los tres poderes del Estado independientemente de la jerarquía de los funcionarios que infrinjan las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, y de otros tratados – suscritos por los países – apareciendo inmediatamente el ilícito internacional. Ello así, aunque actúen fuera de los límites de su competencia”. HITTERS, Juan Carlos. *Ob. cit.*, p. 205.

245 Cf. CADH. Artigo 1º – Obrigação de respeitar os direitos 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

246 “Um Estado Federal é também responsável pelo cumprimento das obrigações decorrentes de tratados no âmbito de seu território inteiro, independentemente das divisões internas de poder”. PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 304.

entendimento de que “o Estado responde pelos atos de seus órgãos, já que é uno e indivisível diante da comunidade internacional”²⁴⁷.

Diante do escrito até o presente momento, constata-se que há total possibilidade do Estado brasileiro, representado internacionalmente pela União, ser responsabilizado internacionalmente pela prática de ato ilícito cometido por outro Ente Federativo, pois o Direito Internacional não reconhece a distribuição de competência pela ordem jurídica interna como escusa do dever de observar as normas internacionais protetivas dos Direitos Humanos.

Com o posicionamento do Direito Internacional e mesmo diante da leitura da Constituição Federal de 1988, infere-se que a União irá ser responsabilizada internacionalmente por violações aos Direitos Humanos praticadas em todo o território do Estado brasileiro, mesmo não tendo responsabilidade para apurar e punir, algumas vezes, as infrações aos referidos direitos.

Na intenção de evitar possíveis condenações ao Estado brasileiro pelas instâncias internacionais de proteção aos Direitos Humanos por atos de competência da Justiça Estadual, a Emenda Constitucional nº 45/2004²⁴⁸ trouxe como nova competência da Justiça Federal, o julgamento de causas em que haja grave violação de direitos humanos, após o processamento do Incidente de Deslocamento de Competência, promovido pelo Procurador-Geral da República, perante o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 109, V e § 5º da Constituição Federal de 1988²⁴⁹.

247 RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 156.

248 “Introduzida pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, a federalização das violações de direitos humanos já era previsto como meta do Programa Nacional de Direitos Humanos, desde 1996. O novo mecanismo permite ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de grave violação a direitos humanos e com a finalidade de assegurar o cumprimento de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, requerer ao Superior Tribunal de Justiça o deslocamento de competência do caso para as instâncias federais, em qualquer fase do inquérito ou processo”. PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 305. No mesmo sentido: MARÇAL, Regina Elizabeth Tavares. A federalização das graves violações dos Direitos Humanos. In.: CUNHA, José Ricardo (Org.) *Direitos Humanos e Poder Judiciário no Brasil: Federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009, p. 251.

249 Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante

Normalmente, a maioria dos casos de responsabilização internacional do Estado por violação aos Direitos Humanos decorre de atos praticados por órgãos e agentes integrantes da estrutura do Poder Executivo²⁵⁰.

Nem sempre a responsabilização internacional do Estado decorre de atos comissivos praticados pelo referido Poder. Muitas vezes o Executivo, ao se omitir dos deveres pactuados com a sociedade internacional, também lesa os Direitos Humanos por inação. Diante de tal situação, observa-se o quão relevante é o papel do Administrador Público no respeito aos Direitos Humanos, a fim de evitar que o Estado sofra condenações no âmbito dos sistemas internacionais de proteção²⁵¹.

Vale ressaltar que com base na própria Constituição Federal de 1988, conforme reza o art. 37, § 6º, caberá ao agente estatal causador da violação aos Direitos Humanos internacionalmente consagrados responder em ação de regresso, interposta pelo Estado após o pagamento, se for o caso, de indenização às vítimas, determinado por Corte ou Tribunal Internacional.

Em alguns casos, a responsabilidade internacional do Estado surgirá mesmo quando a violação aos Direitos Humanos não ocorrer por ação diretamente a ele imputada. Trata-se de atos violatórios aos citados direitos praticados por particulares, quando há uma total omissão estatal em impedir ou reparar os atos atentatórios aos Direitos Humanos.

Após serem trazidas considerações acerca da responsabilidade internacional do Estado por violação aos Direitos Humanos decorrentes de atos do Poder Executivo, necessário se faz uma breve análise do papel do Poder Legislativo brasileiro no cenário descrito.

Atos comissivos do Poder Legislativo também podem vir a violar os Direitos Humanos e serem passíveis de acarretar a responsabilização do Estado brasileiro. Conforme descreve Mazzuoli, o referido Poder “viola o Direito Internacional quando, por exemplo, edita leis contrárias ao conteúdo de tratados internacionais

o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

250 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 521.

251 “[...] todo funcionario público, sea éste de carrera o político, debe adecuar su accionar tanto a lo establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como a las sentencias de la Corte IDH y a las recomendaciones de la CIDH so pena de hacer caer al Estado em responsabilidad internacional por violación de las mismas”. FLAX, Gregorio A. *El control de convencionalidad em el procedimiento administrativo*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 62.

anteriormente aprovados, com o intuito de burlar aquilo que foi pactuado internacionalmente”²⁵².

Mesmo atos legislativos praticados em conformidade com o processo legislativo pátrio e em compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, podem ser considerados como violadores dos Direitos Humanos, e, portanto, ensejadores da responsabilização internacional do Estado, já que para o Direito Internacional às normas estatais são considerados meros fatos para fins de responsabilidade. Desse modo, apesar de constitucionais, tais atos podem ser anticonvencionais, o que acarreta a responsabilidade do Estado.

Conforme adverte André de Carvalho Ramos, a própria “Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que nada impede que uma lei aprovada pelo Parlamento local viole os direitos humanos. Portanto, mesmo que as leis tenham sido adotadas de acordo com a Constituição, isso não as exime do confronto com os dispositivos internacionais de proteção aos direitos humanos”²⁵³. Certamente o referido autor proferiu as citadas lições com base na manifestação da CIDH, contida na Opinião Consultiva nº 14/94²⁵⁴.

Acrescenta ainda Mazzuoli que “o Legislativo também incorre em responsabilidade internacional se deixa de aprovar determinada legislação necessária ao cumprimento de tratado anteriormente aprovado (por ele mesmo) e já em vigor internacional”²⁵⁵. Eis uma hipótese de violação aos Direitos Humanos por omissão legislativa, conforme já manifestou a Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 13/93²⁵⁶. Importante destacar que o Brasil já foi conde-

252 *Ob. cit.*, p. 523.

253 *Ob. cit.*, p. 168. No mesmo sentido: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 524.

254 “Que la expedición de una ley manifestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado. [...] Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto”. CIDH. *Opinión Consultiva OC-14/94: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 09 dec. 1994, p. 58.

255 *Ob. cit.*, p. 523.

256 “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén

nado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, acerca da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas²⁵⁷, conforme lembra Tarciso Dal Maso Jardim²⁵⁸.

Fato interessante é que a omissão legislativa em alguns casos impede a condenação do Estado no âmbito internacional por violação aos Direitos Humanos. Em determinadas situações, em virtude dos compromissos assumidos internacionalmente, não deve o Legislativo elaborar leis que contrariem os tratados internacionais, principalmente os que versem sobre Direitos Humanos. A violação ao dever de omissão legislativa, nesse caso, levaria Cortes e Tribunais Internacional a declarar a inconveniência das normas contrárias a celebração dos pactos internacionais. Esse tema será mais bem tratado quando da análise da possibilidade de controle abstrato de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Um ponto certo é que merece ser de logo afirmado, é que a mera indenização às vítimas das violações aos Direitos Humanos já não é suficiente para conter os abusos perpetrados pelo Estado²⁵⁹.

Sendo um dos pontos de maior relevância, o exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário não poderia ficar de fora no que toca ao estudo, mesmo que breve, da responsabilidade internacional por violação dos Direitos Humanos.

§ 2º A Responsabilidade decorrente de atos do Poder Judiciário

É inegável a obrigatoriedade por parte dos Magistrados brasileiros, sejam Juízes, Desembargadores ou Ministros, de respeitarem o disposto em tratados internacionais²⁶⁰. Nesse sentido, é absoluto dever de todo Magistrado controlar os

en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos". CIDH. Opinión Consultiva. OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la CADH), par. 26.

257 CorteIDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C nº 219.

258 Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas. Textos para Discussão 83. Brasília/DF: Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, 2011, p. 5.

259 Cf. HITTERS, Juan Carlos. *Ob. cit.*, p. 213.

260 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 525.

atos de outros Poderes ou mesmo do próprio Poder Judiciários que venham a atentar contra as normas contidas nas fontes do Direito Internacional²⁶¹.

Os atos emanados do Poder Judiciário que vão ao sentido contrário da proteção internacional aos Direitos Humanos são considerados atos ilícitos internacionais e devem ser reprimidos por parte da jurisdição internacional. Assim como fora afirmado com relação aos atos dos Poderes Executivo e Legislativo, os atos do Judiciário são considerados meros fatos por parte do Direito Internacional, bem como são imputados, no caso brasileiro, à União.

O Estado brasileiro pode ser responsabilizado na hipótese de prolatação de decisões contrárias ao preceituado nas fontes do Direito Internacional, de tardamento em solucionar os conflitos que lhe são apresentados, bem como nos casos em que não efetiva o cumprimento de decisões emanadas de Cortes e Tribunais integrantes da jurisdição internacional. Tal fato justifica-se na medida em que o Estado, ao aceitar a jurisdição contenciosa de uma Corte ou Tribunal Internacional, como fez o Brasil com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e com o Tribunal Penal Internacional, vincula-se a suas decisões. O desrespeito as referidas configura ato ilícito internacional, passível de condenação e reprimendas na ordem internacional e na ordem interna²⁶².

A possibilidade de o Estado ser responsabilizado por um ato jurisdicional contrário a ordem jurídica internacional faz surgir à necessidade de que o Magistrado conheça do Direito Internacional, principalmente o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a fim de que condenações possam ser evitadas e que o jurisdicionado possa ter efetivados os Direitos Humanos previstos internacionalmente, em complementação aos Direitos Fundamentais descritos na ordem interna.

Não se pode confundir a aplicação de sanções por parte de Cortes e Tribunais Internacionais ao Estado-violador por atos jurisdicionais contrários a ordem jurídica internacional com a natureza desses órgãos como instâncias de revisão das

261 Recordemos también – y esto es muy importante – la responsabilidad que tienen los magistrados judiciales de cumplir a cabalidad con los tratados internacionales, aun contradiciendo a su derecho interno (art. 27 de la Convención de Viena sobre el referido Derecho de los Tratados), y de controlar a los demás poderes, ya que aquéllos tienen prioridad sobre éste. HITTERS, Juan Carlos. *Ob. cit.*, p. 219.

262 Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 145.

decisões provenientes dos órgãos do Poder Judiciário²⁶³. Uma sentença transitada em julgado, por exemplo, não pode ser revista pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas o Estado pode ser condenado a reparar os danos dela derivados, bem como abster-se de continuar decidindo no mesmo sentido, caso haja violação de qualquer Tratado Internacional de Direitos Humanos.

Essa tese foi defendida na Corte Interamericana de Direitos Humanos quando do julgamento das exceções preliminares do famoso Caso de los “Niños de la Calle” vs. Guatemala, em que restou decidido que a Corte não viria a ser uma quarta instância²⁶⁴, nem mesmo teria competência para revisar os casos julgados pela Corte Suprema Guatemalteca, cabendo somente a condenação do Estado pela violação aos Direitos Humanos internacionalmente consagrados e a consequente aplicação de sanções²⁶⁵.

Um argumento muito utilizado pelos Estados como tentativa de escusa do dever de respeitar as decisões proferidas pelas Cortes e Tribunais Internacionais é o Princípio da Coisa Julgada.

O Princípio da Coisa Julgada é lido pelos constitucionalistas e Magistrados brasileiros como uma própria derivação da Soberania estatal. Conforme já foi discutido anteriormente, um Estado não pode alegar como justificativa para descumprir obrigações por ele assumidas espontaneamente perante a sociedade internacional, a sua própria Soberania²⁶⁶.

A coisa julgada como empecilho para a reapreciação de uma querela por parte de Cortes e Tribunais Internacionais não merece prosperar. Não é essa a visão internacional sobre a responsabilidade internacional do Estado. Conforme dito anteriormente, não cabe aos referidos órgãos de jurisdição internacional reapreciar as decisões dos Tribunais internos, mas sim condenar o Estado quando houver violação aos Direitos Humanos. O órgão internacional, como bem lembra André de Carvalho Ramos, ao constatar “a responsabilidade internacional do Estado não

263 Em tese bastante inovadora, Artur Cortez Bonifácio defende que “esgotadas as instâncias recursais legais, propõe-se que decisões prolatadas em desacordo com os direitos fundamentais sejam revistas, ainda que transitada em julgado”. *Ob. cit.*, p. 323.

264 CIDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala Sentencia de 11 de septiembre de 1997 (*Excepciones Preliminares*), p. 17.

265 *Idem*, p. 18.

266 “Não adianta um estado falar em soberania, porque a violação de uma norma jurídica internacional é um ato ilícito e o responsável por ele deve uma reparação à sua vítima”. MELLO, Celso Albuquerque. *Ob. cit.*, p. 25.

possui o caráter de um tribunal de apelação ou cassação, contra a qual pode ser oposta a exceção da coisa julgada”²⁶⁷.

O papel desempenhado pelos órgãos de jurisdição internacional é bem discrepante do inerente aos Tribunais Superiores brasileiros. Cabe a estes últimos analisar se em determinado caso concreto ou se determinada decisão violou Direitos. No âmbito internacional, o que se busca não é a solução de uma controvérsia jurídica específica, mas sim a análise do cumprimento ou não das normas contidas em Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A Corte Interamericana, por exemplo, não irá se manifestar se A ou B tem esse ou aquele Direito, mas sim se houve ou não a prática de um ato ilícito internacional por parte do Estado, seja através de ato administrativo, legislativo ou jurisdicional.

As Cortes e Tribunais Internacionais não reformam as decisões emanadas de órgãos da jurisdição interna, pois não possuem essa competência, nem muito menos são hierarquicamente superiores aos Tribunais nacionais.

As decisões proferidas pelas Supremas Cortes e/ou Tribunais Constitucionais, no caso brasileiro o STF, são indiscutivelmente supremas, pois não cabe às instâncias internacionais rever decisões tomadas com base na legislação interna. A atuação das Cortes e Tribunais Internacionais resume-se a compatibilidade entre a ação ou omissão estatal e os Tratados Internacionais celebrados pelo Estado, bem como a condenação em caso de conflito.

Não só atos oriundos do Poder Judiciário, dentro da estrutura da Justiça brasileira, são passíveis de serem considerados ilícitos internacionais. Atos de competência do Ministério Público também podem ser tidos como violadores dos Direitos Humanos e acarretarem na responsabilidade internacional do Estado.

Inúmeras vezes as violações aos Direitos Humanos são consideradas como ilícitos penais nos ordenamentos jurídicos estatais. Não seria diferente no Brasil. A prática de tais deve ser devidamente apurada, investigada e reprimida pelos órgãos que detém essa competência no âmbito interno, a fim de que os autores de infrações aos Direitos Humanos não possam ficar impunes, livres de sanções de natureza penal.

Diante dessa obrigação internacionalmente pactuada de definir como crimes as infrações aos Direitos Humanos e de aplicar reprimendas aos que o violam, os Cortes e Tribunais Internacional podem vir a responsabilizar por ato ilícito

267 RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 181.

internacional os Estados que se omitirem dos deveres descritos.

Sob esse prisma, é importante destacar o relevante papel atribuído ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988. Não vem ao caso, por não ser objeto dessa pesquisa, analisar todas as competências do referido órgão, mas sim trazer como exemplo a competência para intentar a Ação Penal Pública.

Sempre que o órgão ministerial tiver o dever de interpor uma Ação Penal e se omitir dessa atribuição constitucional sem uma justificativa plausível, estará caracterizada uma violação aos Direitos Humanos. Vale ressaltar que nesse caso, não caberão as Cortes e Tribunais Internacionais determinarem que a Ação Penal seja interposta, mas sim condenar o Estado pela prática de ato ilícito internacional, com a consequente aplicação de sanções ao Estado e reparações para as vítimas da impunidade.

Característica relevante do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, sobretudo o interamericano, a subsidiariedade mostra-se presente quando da necessidade de esgotamento dos recursos internos como requisito para que a jurisdição internacional seja alcançada.

A regra do prévio esgotamento dos recursos internos obteve forte aceitação no Direito Internacional em virtude do seu papel de redutor de tensões entre os Estados. Com efeito, é respeitada a tão debatida soberania estatal ao se enfatizar o caráter subsidiário da Jurisdição Internacional, que só pode ser acionada após o esgotamento dos recursos estabelecidos pela ordem jurídica interna²⁶⁸. Trata-se de um requisito de ordem processual para que o Estado-violador possa ser processado no âmbito de Cortes e Tribunais Internacionais.

A presente regra de modo algum vem a prejudicar aquele que teve seus Direitos Humanos violados pela conduta estatal, mas sim fornecer mais um instrumento na busca de lenitivos pelos atos ilícitos perpetrados. Com a necessidade de se buscar primeiro os meios internos de reparação dos danos sofridos possibilitam-se um trâmite mais célere do processo para as vítimas, bem como o incentivo para que os Estados celebrem os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, vez que sua soberania e decisões terão a oportunidade de serem respeitadas caso efetivamente promovam a proteção dos Direitos Humanos.

268 RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 210.

No sistema regional latino-americano, o esgotamento dos recursos internos é regido pelo art. 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁶⁹. Esse dispositivo traz, dentre outros requisitos para que uma petição ou comunicação seja aceita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna²⁷⁰.

Algumas questões relevantes merecem ser destacada com relação ao esgotamento dos recursos internos. O que ocorre quando o direito estatal não prevê recursos suficientes para a proteção dos Direitos Humanos? E se a vítima for impedida de alcançar tais recursos? Por fim, e no caso de mesmo dispondo de instrumentos hábeis e da possibilidade de utilização dos mesmos, esse recurso não for processado em prazo razoável? Essas questões foram enfrentadas pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também com base no art. 46, na medida em que a referida norma autoriza a inaplicabilidade da exigência o esgotamento dos recursos internos nos casos supra referidos²⁷¹.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva nº 11/90, enfrentou questionamentos como os outrora descritos. Nesse caso, duas perguntas centrais foram formuladas: 1) Aplica-se o requisito do esgotamento dos recursos jurídicos internos a um indigente que, devido a circunstâncias econômicas, não é capaz de fazer uso dos recursos jurídicos do país? 2) Aplica-se o requisito do esgotamento dos recursos internos a um reclamante individual que, por não poder obter representação legal devido a um temor generalizado nos círculos jurídicos não pode fazer uso dos recursos que são fornecidos pela lei do país?

Numa síntese dos argumentos trazidos na resposta a essas indagações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte lembrou que não pode existir qualquer discriminação por razões de ordem econômica para se

269 “Importa acentuar que à atuação contenciosa da Corte exige-se, como pré-requisito, o prévio esgotamento de todas as instâncias internas, exaurindo-se todos os recursos legais do Estado, uma vez que a Corte possui poder jurisdicional de natureza complementar ou subsidiária”. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Ob. cit.*, p. 283.

270 Artigo 46. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;

271 Artigo 46. 2. As disposições das alíneas “a” e “b” do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

buscar a Justiça²⁷², devendo o Estado prover os meios adequados para garantir uma assistência jurídica gratuita, bem como o devido processo legal. Portanto, a não disposição de assistência jurídica gratuita e a não garantia de acesso a todos os recursos disponíveis subsume-se a presunção de esgotamento dos recursos internos, prevista no art. 46, 2, 'a', da Convenção Interamericana de Direitos Humanos²⁷³.

Quanto ao segundo questionamento apresentado, a citada Corte manifestou-se no sentido de que o não acesso a todos os recursos internos por medo generalizados os Advogados subsume-se a hipótese prevista no art. 46, 2, 'b', ou seja, quando houver impedimento para se esgotar os recursos internos²⁷⁴.

Diante da análise dos dispositivos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que tratam da questão em tela e da interpretação conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a referida regra, constata-se que o esgotamento dos recursos internos é um obstáculo que admite relativização em alguns casos específicos.

Diante dos argumentos trazidos acerca da responsabilidade internacional do Estado por violação aos Direitos Humanos, resta-nos lembrar das palavras de Juan Carlos Hitters: "...en la jurisprudencia internacional, el que 'rompe' (aunque sea el Estado) 'paga' (debe reparar de diversos modos)"²⁷⁵.

O Brasil não escapou do dever de reparar os danos decorrentes das violações aos direitos humanos. Apesar de somente ter aceitado a jurisdição contenciosa da Corte em 1998²⁷⁶, conforme informações disponíveis no próprio site da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁷⁷, vislumbram-se como casos contenciosos

272 Cf. CIDH. Opinión Consultiva. OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b CADH), p. 22.

273 Cf. CIDH. Opinión Consultiva. OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b CADH), p. 31.

274 Cf. CIDH. Opinión Consultiva. OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b CADH), p. 35.

275 *Ob. cit.*, p. 220.

276 Cf. a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.

277 Cf. http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7. Acesso em 30 de novembro de 2011.

apreciados: 1) Caso Ximenes Lopes²⁷⁸; 2) Caso Nogueira de Carvalho e outro²⁷⁹; 3) Caso Escher e outros²⁸⁰; 4) Caso Garibaldi²⁸¹; 5) Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)²⁸². Vale destacar que em todos esses casos o Brasil foi condenado pela violação aos direitos humanos, com exceção do Caso Nogueira de Carvalho e mais outro, em que ocorreu a absolvição por falta de provas.

O primeiro caso a ser julgado pela Corte foi inerente à morte do portador de deficiência mental Damião Ximenes Lopes²⁸³. Com efeito, vale destacar que apesar dele ter levado mais de seis anos para ser sentenciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, é, seguramente, um precedente capaz de vincular futuras decisões acerca da proteção dos direitos das pessoas com deficiência nas Américas²⁸⁴.

Muito embora não seja uma regra, nesse caso o governo brasileiro deu razoável exemplo ao cumprir imediatamente o pagamento de indenização imposta pela Corte Interamericana, à família da vítima no caso acima citado, ao pagar voluntariamente os valores arbitrados, por meio do Decreto 6.185, de 13 de agosto de 2007²⁸⁵.

Além desses casos contenciosos, importa mencionar que o Brasil foi instado a adotar algumas medidas provisórias aplicadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em virtude da gravidade e urgência de certos fatos violadores de direitos humanos, com a finalidade de prevenir danos irreparáveis. Com efeito, trata-se das Medidas Provisórias inerentes a fatos ocorridos no Presídio Urso Branco,

278 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Versão em português Serie C No. 149.

279 Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Versão em português. Serie C No. 161.

280 Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Versão em português Serie C No. 200.

281 Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Versão em português Serie C No. 203.

282 Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Versão em Português Serie C No. 219.

283 “[...] neste caso apontou-se à responsabilidade internacional do Estado por omissão, resultante na violação aos direitos à vida, à integridade física e à proteção judicial à vítima”. PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 274.

284 Cf. BORGES, Nadine. *DAMIÃO XIMENES. Primeira Condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 142.

285 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Ob. cit.*, p. 341 - 347.

na Unidade de Internação Socioeducativa, no Complexo de Taubaté da FEBEM e na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira²⁸⁶.

Além dos casos outrora referidos, inúmeras petições contendo denúncias de violação aos direitos humanos foram apresentadas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo que algumas foram arquivadas pelo fato de que o próprio peticionante não prestou as informações necessárias para o preenchimento dos requisitos de admissibilidade²⁸⁷ e outras foram admitidas²⁸⁸, podendo transformar-se em futuros casos submetidos à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como em novas condenações ao Brasil.

Diante do que foi exposto até o presente momento, resta demonstrado que o Estado brasileiro tem a obrigação de proteger os direitos humanos, não só os previstos no catálogo constitucional, mas também os emanados do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com efeito, somente dessa forma o princípio cons-

286 Nos dois últimos casos, o Estado brasileiro atendeu as medidas provisórias determinadas pela Corte. Como consequência, eles foram arquivados.

287 CIDH, Relatório No. 129/10, Petição 327-02, Arquivamento (Brasil), 23 de outubro de 2010.

288 “Em 1998, CEJIL, CLADEM e Maria da Penha Maia Fernandes apresentaram uma denúncia à CIDH alegando que o Estado brasileiro tinha “sido conivente com a violência doméstica perpetuada na cidade de Fortaleza, Ceará, por Marco Antônio Heredia Viveros, por anos durante o tempo de convívio conjugal, contra sua mulher à época, Maria da Penha Maia Fernandes, culminando em tentativa de homicídio e posterior agressão em maio e junho de 1983. Como resultado dessa agressão, a senhora Maria da Penha sofre de paraplegia irreversível e outras seqüelas desde 1983”. Os peticionários argumentam que o Estado Brasileiro “foi conivente com essa situação, por mais de 15 anos, uma vez que tem falhado em tomar as medidas efetivas necessárias para processar e punir o violador, apesar de reiteradas denúncias”. Embora tenha enviado diversas comunicações ao Estado Brasileiro em um período de três anos, a CIDH não recebeu nenhuma resposta por parte do governo sob a presidência de Cardoso. Em 2001, a CIDH publicou um relatório a respeito do mérito do caso, concluindo que o Estado Brasileiro tinha “violado os direitos da senhora Maria da Penha Maia Fernandes a um julgamento justo e proteção judicial”. A CIDH também concluiu que essa violação faz parte de “um modelo de discriminação evidenciado pela convivência com violência doméstica contra as mulheres no Brasil por intermédio de uma Atuação judicial ineficiente”. A CIDH recomendou que o Estado conduzisse “uma investigação séria, imparcial e exaustiva com o objetivo de determinar a responsabilidade penal do acusado pela tentativa de homicídio da senhora Fernandes e identificar quaisquer outros eventos ou ações de agentes estatais que têm obstaculizado o andamento efetivo e rápido das investigações contra o acusado”. A CIDH também recomendou “a pronta e efetiva compensação à vítima e a adoção de medidas no âmbito nacional a fim de eliminar a condescendência do Estado com a violência doméstica contra as mulheres”. SANTOS, Cecília MacDowell. *Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. N. 7. Ano 4. Rede Universitária de Direitos Humanos: 2007, p. 44.

titucional da prevalência dos direitos humanos poderá ser devidamente respeitado e os compromissos internacionais assumidos satisfeitos.

Para que esse intento possa ser alcançado, necessário se faz que a Jurisdição brasileira efetive os referidos direitos, aplicando as normas previstas em tratados internacionais e afastando a aplicação do direito doméstico quando for antinômico e desfavorável a proteção descrita no sistema jurídico internacional.

PARTE II

A JURISDIÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS EM TRATADOS INTERNACIONAIS

O Estado brasileiro assumiu com a sociedade internacional o compromisso de proteger os direitos humanos ao celebrar e incorporar diversos tratados internacionais que versam sobre tais direitos, sejam eles oriundos do sistema global ou do regional de proteção.

Com efeito, os tratados internacionais de direitos humanos foram elevados à categoria de fontes do direito estatal pela própria Constituição Federal de 1988, sendo, inclusive, mesmo havendo divergência no Supremo Tribunal Federal, de hierarquia reconhecidamente superior a das leis. Para alguns, são normas constitucionais, tese sustentada com base na cláusula de abertura constitucional aos novos direitos, prevista no 2º do art. 5º, e no princípio da prevalência dos direitos humanos, escrito no inc. II do art. 4º da CF/88. Há outros que defendem o *status* infraconstitucional, porém supralegal dos referidos tratados. Interpretação esta que superar o paradigma fixado em meados da década de 70, em que todos os tratados internacionais gozavam de paridade normativa com as leis ordinárias.

Independentemente dessa transversal discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, cabe destacar que em virtude de princípios como o *pacta sunt servanda*, o da boa-fé e o da imperatividade das normas *jus cogens*, os compromissos internacionais assumidos pelo Estado devem ser cumpridos, sob pena de a atuação estatal em sentido contrário ensejar a responsabilidade do Brasil no âmbito internacional, com a aplicação das consequentes sanções aplicadas pelas Cortes e Tribunais Internacionais.

A fim de evitar que o Estado brasileiro seja condenado pela violação às normas protetivas de direitos humanos, exsurge a necessidade de que todo o apa-

relho estatal, notadamente os órgãos do Poder Judiciário, apliquem os preceitos contidos dos tratados internacionais de direitos humanos e sigam a interpretação a eles conferida pelos órgãos da jurisdição internacional, principalmente o Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional.

Dessa forma, resta inegável que é dever de toda jurisdição brasileira efetivar os direitos humanos previstos em fontes do Direito Internacional, o que não vem sendo cumprido a contento pelos operadores do direito brasileiro.

Capítulo 4. A JURISDIÇÃO INTERNA BRASILEIRA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Para uma melhor compreensão do dever do Poder Judiciário de aplicar as normas oriundas do sistema jurídico internacional, torna-se necessário um breve estudo acerca da relação entre a Jurisdição interna brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. Inicialmente, pretende-se enfocar o dever de aplicação das tratativas internacionais que versam sobre direitos humanos pela magistratura brasileira, ou seja, por todos os órgãos do Poder Judiciário. Para tanto, será feita uma breve análise da dogmática constitucional, destacando os dispositivos constitucionais que determinam a competência dos órgãos jurisdicionais para aplicar os tratados internacionais, com a finalidade de comprovar que o papel do Juiz é fundamental na concretização dos Direitos Humanos.

Adentrando em aspectos mais práticos da discussão, será feita uma breve análise da competência da Justiça Federal para aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, na qual serão destacadas algumas decisões nesse sentido, bem como a possibilidade de atuar na hipótese de graves violações aos direitos humanos, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Num terceiro momento, dar-se-á uma maior ênfase na aplicação dos tratados pela Jurisdição Constitucional brasileira, sem, contudo, voltar-se à discussão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica estatal. Mais do que isso, passa-se a debater o papel do Supremo Tribunal Federal na proteção dos Direitos Humanos previstos internacionalmente, bem como a questão do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos realizado em algumas decisões da nossa Corte Suprema.

Por fim, após colocar em crise o controle repressivo de constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, será defendida a tese já posta na doutrina estrangeira, mas pouco comentada na brasileira, acerca do necessário e

eficiente controle prévio de constitucionalidade das normas internacionais protetivas de direitos humanos, a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Claro que não se espera ir a fundo às discussões acerca da estrutura e competências dos órgãos do Poder Judiciário, mas apenas chamar atenção para a imperiosa necessidade da Jurisdição brasileira concretizar os Direitos Humanos, aplicando com efetividade as normas contidas em tratados internacionais.

Seção 1 – O Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988

De modo inegável, as funções do Estado tradicionalmente distinguem-se entre si de acordo com a concepção clássica da divisão de poderes, segundo a qual os órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais realizam as funções de produção das normas jurídicas, de execução de tais normas e de solução de controvérsias, respectivamente. Trata-se da adoção de ideias inicialmente postas por Aristóteles, esboçadas por John Locke e finalmente delineadas em contornos precisos por Carlos Luis de Secondant, o tão conhecido Barão de Montesquieu¹.

Para o ordenamento político de uma sociedade, a divisão de poderes é, em primeiro lugar, uma maneira de proceder para exercer o poder. Trata-se da organização do poder que se reparte entre os diferentes atores e com estes se inter-relacionam no momento em que o poder é exercido². Vale ressaltar, como bem adverte Artur Cortez Bonifácio, que a divisão ou separação de poderes se constitui em expressão usual, porém tecnicamente equivocada, pois o poder é uno e indivisível, por ser atributo da soberania e residir no povo³.

Diante da fundamentalidade da separação de poderes (funções), pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito no mundo contemporâneo está construído sobre quatro elementos fundamentais: em primeiro lugar, a existência de uma Constituição como norma suprema, diretamente aplicável aos particulares; em segundo lugar, a democracia como regime político, que tem por objetivo assegurar o governo do povo como titular da soberania, seja de forma indireta, através de seus representantes, ou mediante instrumentos para seu exercício de direto; em terceiro lugar, o gozo e exercício dos direitos humanos, como fim essencial

1 CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La división de poderes y la función jurisdiccional*. Revista Latinoamericana de Derecho. Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, p. 176.

2 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *La división de poderes como principio de ordenamiento*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, ANO XIII, MONTEVIDEO: 2007, p. 211.

3 *Ob. cit.*, p. 151.

da ordem política; por fim, em quarto lugar, o controle do poder, como sistema político constitucional, que tem por objetivo impedir o abuso daqueles que exercem o poder estatal⁴.

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tradição constitucional brasileira e as ideias acima expostas, logo em seu art. 2º preceituou que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Independentes por não se encontrarem subordinados a nenhum outro ente e harmônicos por não haver superposição hierárquica entre eles. Afinal, a relação é de cooperação em prol da satisfação dos interesses da sociedade.

Em virtude de a temática abordada referir-se a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição, necessário se faz uma breve descrição do tratamento que o legislador constituinte originário de 1988 conferiu ao Poder Judiciário. Não se espera esgotar o tema com as minúcias que lhe são inerentes, mas sim apresentar a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, principalmente no que toca aos Tribunais Superiores.

De modo inquestionável, pode-se afirmar que a principal competência do Poder Judiciário é a solução de querelas jurídicas, sejam as existentes entre pessoas privadas ou mesmo as que constam como interessado o próprio Estado⁵. Dessa forma, partindo de uma análise do texto constitucional de 1988, verifica-se que compete primordialmente ao Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional⁶.

Apesar da capacidade para solucionar os conflitos com definitividade não ser exclusiva do Poder⁷ em tela, essa competência lhe é atribuída de forma típica,

4 BREWER-CARÍAS, Allan R. *Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, ANO XIII, MONTEVIDEO: 2007, p. 63.

5 “Por certo, o poder legislativo e executivo decidem também questões jurídicas. Porém, suas decisões não são, em geral, independentizadas; elas regularmente não são promulgadas em um procedimento especial e não são “autoritárias”, porque elas estão sob a reserva da sentença judicial”. HESSE, Konrad. *ELEMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 413.

6 Acerca do conceito de jurisdição, reza a doutrina pátria que ela “é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 132.

7 Cf. art. 52 da Constituição Federal de 1988.

diferentemente do que ocorre com os demais Poderes, que a exercem em caráter apenas secundário. Do mesmo modo que órgãos alheios a sua estrutura também exercem atipicamente a função jurisdicional, o Judiciário também legisla quando elabora seu regimento interno, bem como administra seu próprio quadro de servidores. Com efeito, não se pode afirmar que o princípio da separação de poderes (funções) se observa de maneira absoluta e inflexível, talvez por que o mais importante é a limitação do poder e não que a funções legislativa, executiva e jurisdicional sejam designadas estrita e exclusivamente a um determinado órgão⁸.

No que tange a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, a Constituição Federal de 1988 preceituou em seu art. 92 como seus órgãos o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais do Trabalho, Eleitorais, Militares e dos Estados, Distrito Federal e Territórios, bem como os Juízes Federais, do Trabalho, Eleitorais e dos Estados. Como se pode facilmente constatar, o antigo Tribunal Federal de Recurso foi substituído pelo Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, verifica-se que o legislador constituinte originário optou pela criação de uma jurisdição extraordinária e outra ordinária, bem como de uma justiça especializada e outra comum.

Além de descrever os órgãos do Judiciário, a Lei Fundamental de 1988 também preceituou de forma mais prolixa do que suas antecessoras as garantias e vedações impostas aos Magistrados⁹. Um ponto importante que merece ser destacado é o asseguramento da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário¹⁰. Nesse sentido, afirma a doutrina pátria que a “Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado”¹¹.

Todo o aparato constitucional disponibilizado ao Poder Judiciário alicerça a principal tarefa da Jurisdição, que é a concretização do Direito. Não cabe aos órgãos do Judiciário apenas a aplicação do direito a fatos concretos¹², mas

8 CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *Ob. cit.*, p. 175.

9 Cf. art. 95.

10 Cf. art. 99.

11 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 974.

12 Nesse sentido, leciona Hesse que “a peculiaridade dessa função básica não se deixa, como isso muitas vezes já foi tentado, caracterizar pelo característico geral da aplicação do direito a fatos concretos.

sim concretizar, efetivar, promover os Direitos garantidos pela ordem jurídica, principalmente os Direitos Fundamentais ou mesmo os Direitos Humanos. Esse dever constitucional infere-se dos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do juiz natural e do devido processo legal¹³.

Com efeito, os magistrados não são somente encarregados de aplicar o direito, pois eles também possuem a competência de dizer a palavra definitiva sobre um conflito jurídico¹⁴. Por isso é que sua atuação é uma das mais importantes para garantir que os direitos humanos sejam respeitados, principalmente diante de atos praticados pelo próprio Estado.

Para bem realizar a incumbência acima referida, o constituinte dotou o Judiciário, bem como seus membros, de algumas garantias exigíveis no exercício da função jurisdicional¹⁵. As garantias conferidas ao Poder Judiciário, em geral, e aos magistrados, em particular, têm por finalidade emprestar a conformação de independência que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial. Na medida em que compete ao Judiciário o controle de atos emanados dos demais Poderes, surge a necessidade da materializar-se a clara relação de independência tanto dos órgãos jurisdicionais quanto dos próprios juízes com relação a influências externas¹⁶.

Porque esta é assunto de todos os órgãos estatais que, em conformidade com a densidade diferente de sua vinculação jurídica, têm de concretizar direito, especialmente da administração". *Ob. cit.*, p. 411.

13 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 974.

14 Cf. SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica. Introdução a uma leitura externa do Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 189.

15 "[...] las normas y garantías de la Constitución y de la legislación derivada relativas a la organización, estructura, función y operacionalidad del Poder Judicial no puede ser más que un punto de partida, eso sí, imprescindible, para apreciar la realidad de ese poder dentro de un Estado concreto". LÖSING, Norbert. *Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, AÑO XVII, MONTEVIDEO: 2011, p. 415.

16 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 975.

A independência do Poder Judiciário¹⁷ não é somente uma garantia que lhe é própria. Trata-se de uma garantia também do cidadão a existência de órgãos jurisdicionais independentes, imparciais e legais, consagrada no art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, dentre outros instrumentos internacionais¹⁸. Sendo assim, comprovados os fundamentos constitucionais e internacionais da independência do Judiciário e dos seus membros, cabe ressaltar um ponto relevante. A independência do juiz, muito mais do que decorrente de uma previsão legal, exsurge de sua própria consciência, conforme aponta Norbert Lösing¹⁹.

Apesar de a independência do Judiciário para aplicar a lei e garantir a proteção dos direitos humanos ser inquestionável, ela não se reveste de caráter absoluto. Os magistrados não estão completamente livres para aplicar os ditames do direito doméstico, na medida em que se encontram sujeitos a Constituição e, em consequência, ao dever de garantir os direitos fundamentais nela estabelecidos. Dessa forma, pode-se afirmar que o principal fundamento de legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário em relação aos demais, consiste na proteção dos referidos direitos²⁰.

Além do dever de aplicar as normas legais à luz da Constituição Federal e dos precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal e, em alguns casos, de outros Tribunais Superiores, os juízes encontram-se também adstritos em seus julgamentos às normas oriundas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Positivadas ou não, tais normas, juntamente com a interpretação dada pelas Cortes e Tribunais Internacionais devem servir de parâmetro para os que exercem a jurisdição do âmbito doméstico brasileiro.

Mesmo sendo inegável que normas emanadas do sistema jurídico internacional, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos, são constitucionalmente reconhecidas como fonte do direito interno, ainda é bastante tímida a sua aplicação pela magistratura brasileira. Talvez seja acertado destacar que

17 “Diz-se que o Poder Judiciário em seu conjunto é independente, quando não está submetido aos demais Poderes do Estado. Por sua vez, dizem-se independentes os magistrados, quando não há subordinação hierárquica entre eles, não obstante a multiplicidade de instâncias e graus de jurisdição. Com efeito, ao contrário da forma como é estruturada a administração pública, os magistrados não dão nem recebem ordens, uns dos outros”. COMPARATO. Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. In.: ESTUDOS AVANÇADOS, ano 18, n. 51, 2004, p. 151.

18 Cf. LÖSING, Norbert. *Ob. cit.*, p. 414.

19 *Ob. cit.*, p. 420.

20 Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 26.

o presente problema pode ter sua origem na ainda deficiente formação profissional dos operadores do direito, que foram formados em uma concepção débil de que somente o direito estatal é relevante²¹.

Diante do exposto, resta claro e evidente que a Constituição Federal de 1988 estruturou o Poder Judiciário e o dotou de inúmeras garantias e competências com a finalidade de que os magistrados possam atuar de forma independente, obedecendo ao direito doméstico e as normas internacionais incorporadas, pois somente dessa forma a eficácia do Estado Democrático de Direito será garantida²² e os direitos humanos serão efetivamente protegidos.

§ 1º Competência constitucional do Judiciário

Como é absolutamente notório, a proteção dos direitos humanos constitui uma das principais obrigações do Estado. Todos os Poderes devem estar envolvidos e estruturados em prol de garantir a concretização dos direitos mais essenciais aos indivíduos. Nesse diapasão, a Jurisdição, notadamente a constitucional, encontra-se em destaque, pois a ela incumbe o papel de responder as novas demandas da sociedade pós-moderna.

Ao desempenhar a missão constitucional de concretizar os direitos humanos, a Jurisdição adquire uma maior legitimidade, vez que é de amplo interesse da sociedade que o exercício da solução definitiva de controvérsias por parte dos órgãos estatais seja realizado em favor da efetivação dos direitos que derivam do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Uma das principais formas de garantir a efetividade dos direitos humanos manifesta-se através do controle de leis e atos que lhe sejam violadores. A própria Constituição Federal de 1988 determina que “a lei não excluirá da apreciação do

21 Cf. ARMIJO, Gilbert. *La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional*, ¿mito o realidad? In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, ANO XVII, MONTEVIDEO: 2011, p. 244.

22 Cf. VEGACENTENO, Horacio Andaluz. *La posición constitucional del poder judicial*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, ANO XVII, MONTEVIDEO: 2011, p. 349.

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²³. Trata-se do conhecido princípio da inafastabilidade ou indeclinabilidade do Poder Judiciário²⁴.

O controle exercido pelo Judiciário sobre os atos e decisões violadores das normas protetivas de direitos fundamentais vem ganhando novos contornos na contemporaneidade. A Constituição deixou de ser meramente estática. O rompimento desse paradigma ocorreu, dentre outros fatores, com a abertura da ordem constitucional para o sistema jurídico internacional, com a consequente elevação dos tratados internacionais a condição de fonte do direito estatal, desde que devidamente incorporados.

Inegavelmente, o diálogo propiciado pelas cláusulas de abertura propiciou também novas ferramentas hermenêuticas para serem utilizadas no exercício da jurisdição²⁵. Com isso, tornou-se imperativa a necessidade de interpretar os direitos fundamentais constitucionalizados no texto da própria Constituição à luz dos Direitos Humanos previstos no sistema jurídico internacional, seja universal ou regional.

Novos parâmetros de controle passaram a surgir com alargamento das normas constitucionais para além das previstas explícita e implicitamente, bem como com a internalização e reconhecimento da importância dos tratados internacionais, sobretudo os que versam sobre direitos humanos. Com isso, os membros do Poder Judiciário passam a defenderem não apenas os direitos fundamentais previstos constitucionalmente²⁶, mas também os direitos humanos de origem jusinternacionalista. Dessa forma, todo Juiz, além de ser defensor da Constituição, o é também

23 Cf. art. 5º, XXXV.

24 Nesse sentido, manifesta-se a doutrina alemã: “Para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, prevê o direito vigente, por último, um controle amplo de sua observância pelo poder judiciário. Esse controle serve não só à proteção jurídica individual, portanto, à realização dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos, mas, não menos, também, à sua proteção como partes integrantes da ordem objetiva da coletividade, que deve ser realizada por tribunais independentes vigiarem a observância dos direitos fundamentais”. HESSE, Konrad. *Ob. cit.*, p. 268.

25 “Nas Constituições abertas, regidas pelo princípio da legitimidade, os tribunais constitucionais tomam em geral a feição de corpos político-jurídicos que se inclinam mais aos valores da sociedade e às garantias de proteção dos direitos fundamentais”. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. ESTUDOS AVANÇADOS 18 (51), 2004, p. 140.

26 “[...] ainda no âmbito de uma vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais, não se deverá perder de vista que os próprios atos judiciais que atentem contra os direitos fundamentais poderão constituir objeto de controle jurisdicional, fiscalização esta que, entre nós, é exercida, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, na condição de autêntica Corte Constitucional, a quem incumbe, na medida em que ele próprio vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais,

do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, pois somente ao agir desse modo, eles gozarão de uma legitimidade *pro homine*. Nota-se uma nova expansão da Jurisdição, em que juízes constitucionais e ordinários passam a serem paladinos dos direitos humanos.

A Jurisdição, principalmente a constitucional, tem que seguir as novas tendências do Estado contemporâneo. Estado que abre suas fronteiras voluntariamente para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que se submete a jurisdição de Cortes e Tribunais Internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Penal Internacional e a Corte Internacional de Justiça, caracteriza-se pela preocupação em proteger os Direitos Humanos.

A Constituição Federal de 1988 disponibiliza para os que tiverem seus direitos fundamentais lesados vários “remédios constitucionais”, ou seja, instrumentos constitucionais de proteção aos direitos mais básicos das pessoas. Não é nossa tarefa nessas linhas a descrição pormenorizada de instrumentos como o *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção e Ação Popular e Ação Civil Pública²⁷. O que é interessante afirmar é que tais “remédios” devem ser utilizados não só para proteger bens jurídicos previstos em normas definidoras de direitos fundamentais, mas também de direitos humanos emanados das fontes do Direito Internacional.

Essa tarefa encontra absoluto relevo na Jurisdição, já que toda interpretação das normas jurídicas passa a ser balizada por dois vértices, a Constituição e as fontes do Direito Internacional, principalmente as que veiculam direitos humanos.

Infelizmente, ainda não se percebe uma adequada aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos na Jurisdição brasileira, inclusive na constitucional. O Judiciário não aplica e, por consequência, concretiza com o devido valor os direitos humanos. Tal fato já gerou, inclusive, a responsabilização do Estado bra-

não apenas a guarda, mas o próprio desenvolvimento da nossa Lei Fundamental”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 398.

27 “A CF/88 previu, ainda, instrumentos que possibilitam a tutela ampla dos direitos humanos, representados pela ação popular e pela ação civil pública. Trata-se de formas democráticas de participação popular na administração da justiça, possibilitando que os cidadãos se organizem para uma atuação mais ativa em prol de uma sociedade mais solidária em que os direitos humanos sejam respeitados e efetivados”. VIVAS, Marcelo Dayrell. *Ações Constitucionais e o Supremo Tribunal Federal: Análise da efetividade dos instrumentos processuais de proteção aos direitos humanos previstos na Constituição Federal de 1988*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 761.

sileiro por violação dos referidos direitos no âmbito da jurisdição interamericana, como nos Casos Damião Ximenes e Araguaia.

Comprova a inércia do Judiciário brasileiro em proteger os direitos humanos, levando em consideração o sistema internacional, a pouca utilização das normas provenientes do Direito Internacional dos Direitos Humanos como fundamento de suas decisões. O Judiciário, definitivamente, sequer conhece os instrumentos internacionais de proteção. Tanto as normas protetivas previstas no sistema universal (ONU) quanto no regional (OEA) passam despercebidas pelos Magistrados²⁸. Isso tem que mudar, pois nenhum poder ou órgão estatal pode deixar de conferir a devida importância e força cogente às normas contidas no Direito Internacional.

Como ilustração, pode-se utilizar como exemplo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Em pesquisa realizada no sítio do referido órgão do Judiciário na internet²⁹ em 03 de outubro de 2011, constatou-se que não há qualquer decisão, seja monocrática, das Câmaras ou mesmo do Pleno, que apresente as expressões: Direito Internacional dos Direitos Humanos, Tratados Internacionais de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Convenção Americana de Direitos Humanos. Não se pode deixar de notar que apenas 05 (cinco) decisões foram encontradas com a referência ao Pacto de San José da Costa Rica e 01 (uma) com fundamento no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Observa-se o total escanteamento das normas protetivas de direitos humanos previstas no sistema jurídico internacional por parte dos Tribunais pátrios³⁰, inclusive o próprio TJRN. Vale ressaltar, inclusive, que o presente Tribunal também desconhece as decisões e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que se depreende da ausência de fundamento de suas decisões na mais alta Corte do Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

28 Como exemplo, podemos citar o reconhecimento da validade da Lei de Anistia brasileira pelo Supremo Tribunal Federal, o que viola disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para um estudo aprofundado das violações aos direitos humanos ocorridas durante o período da ditadura militar brasileira à luz dos tratados internacionais de direitos humanos, vide a obra: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. (Org.). Crimes da Ditadura Militar. Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: RT, 2011.

29 Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br:8080/sitetj/>>

30 Para uma análise da aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vide: CUNHA, José Ricardo. *Direitos Humanos e Justiciabilidade: Pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. In.: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. N. 3. Ano 2. Rede Universitária de Direitos Humanos: 2005, p. 138 – 172.

O Judiciário brasileiro, bem como os demais Poderes, vivem uma crise de legitimação internacional de suas decisões, na medida em que desprezam o real valor do Direito Internacional dos Direitos Humanos³¹ no direito interno.

Essa crise é fomentada pelas próprias decisões do Supremo Tribunal Federal³². Se a própria Corte Suprema, no exercício da jurisdição constitucional e com o dever inegavelmente absoluto de proteção dos direitos constitucionais não confere a devida prevalência aos direitos humanos, os outros Tribunais não se sentem no dever de seguirem os precedentes dos intérpretes máximos das normas internacionais.

Não se devem poupar esforços para contornar essa situação. A Jurisdição nacional tem que romper com paradigmas conservadores e voltar-se para a realidade transnacional contemporânea³³. É dever da Jurisdição interna, de todo Magistrado, aplicar devidamente as normas previstas nas fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos e levar em consideração, quando de suas decisões, a interpretação que as Cortes e Tribunais Internacionais conferem a tais normas³⁴.

31 “[...] el fortalecimiento de los derechos humanos depende de la vinculación de los poderes públicos nacionales, y en especial del Poder Judicial, a los propios derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales, así como a la doctrina y jurisprudencia interpretativa y contenciosa desarrollada por la Comisión y la Corte interamericanas de Derechos Humanos”. AYALA CORAO, Carlos M. *LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS RELATIVOS A DERECHOS HUMANOS Y SUS CONSECUENCIAS*. In.: SILVA, Ricardo Méndez (Coord). *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002, p. 90.

32 “[...] a crise do Judiciário brasileiro tem sido assim em grande parte a crise do Supremo, como instituição que é a cabeça desse Poder; crise, portanto de, um Tribunal não raro contraposto ao espírito da Constituição e de suas fórmulas principiológicas, das quais ele, por escrúpulo de envolvimento em questões políticas, às vezes se mantém reservado e arredo desertando não raro a causa constitucional e se dobrando involuntariamente a interesses que privilegiam o Poder mais forte, ou seja, o Executivo, o mais infrator dos Poderes no que tange ao princípio da separação de Poderes”. BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 138.

33 “[...] no âmbito do Judiciário, é fundamental que se ultrapasse esse longo período de marasmo e convencionalismo relativamente ao direito internacional”. MENDES, Gilmar. *A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais*. In.: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do Direito. Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 283.

34 “[...] los órganos jurisdiccionales forman parte del Estado, por lo tanto, lo actos que de alguna forma vulneren los compromisos contraídos por ese Estado en beneficio de las personas a través de tratados internacionales, comprometen al país internacionalmente”. CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS*. In.: SILVA, Ricardo Méndez (Coord). *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DE-*

Somente dessa forma o Judiciário brasileiro encontrará a legitimidade *pro homine* tão desejada pelo jurisdicionado.

§ 2º O Dever de Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Magistratura brasileira

Atualmente, a relação que deveria ser bastante estreita entre o Poder Judiciário e o Direito Internacional, principalmente o ramo especializado dos Direitos Humanos, não vem sendo devidamente reconhecida e valorada na medida necessária por juristas e magistrados brasileiros.

As decisões do Judiciário brasileiro podem vir a gerar consequências para o Brasil no sistema jurídico internacional, uma vez que tais, na visão do Direito Internacional, são atos internos praticados pelo Estado. Dessa forma, um ato jurisdicional que viole as normas protetivas de direitos humanos previstas internacionalmente é passível de fazer com que o Brasil sofra as sanções derivadas da responsabilidade internacional por violação aos Direitos Humanos³⁵.

O Direito Internacional e, como consequência, os tratados internacionais de direitos humanos, não apenas abordam a responsabilidade internacional do Estado por violação as normas protetivas de direitos humanos. Ele também preceitua normas que garantem a própria independência e imparcialidade do Poder Judiciário e dos Magistrados no exercício da função jurisdicional³⁶. Garantias que um dia já foram suspensas de forma arbitrária pelo regime militar, mas que voltaram a ser valoradas pela ordem constitucional brasileira de 1988.

RECHOS HUMANOS. *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002, p. 207.

35 “Os três poderes do Estado podem ser causadores de responsabilidade nesse âmbito: o Legislativo, por editar normas incompatíveis com os direitos e liberdades consagrados na Convenção, ou por não criar legislação adequada, quando isso se faz necessário; o Executivo, por não respeitar fielmente (e não fazer com que se respeitem) os direitos e garantias previstos no tratado, podendo tal conduta (de não respeitar os direitos) ser positiva (quando viola direitos por ato próprio ou dos seus agentes) ou negativa (*v.g.* quando não reprime as violações privadas de direitos humanos); e o Judiciário, em não contribuir para a aplicação prática da Convenção Americana (e de todos os outros tratados de direitos humanos em vigor no país) na esfera da Justiça, aplicando lei interna (inclusive a Constituição) incompatível com o tratado ou não aplicando a norma internacional quando isso se faz necessário”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 29.

36 Cf. art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Essa possibilidade de imputação ao Estado brasileiro de responsabilidade internacional faz com que todos os órgãos do Poder Judiciário devam respeito à força cogente das normas previstas nos tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil. Mas a referida obrigação não decorre somente do sistema jurídico internacional, pois a nossa própria Constituição, conforme já fora discutido anteriormente, reconhece que os tratados internacionais são fontes do Direito doméstico. Com efeito, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo um verdadeiro mandado constitucional de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, conforme se depreende do §§ 2º e 3º do art. 5º.

Necessário se faz que os órgãos jurisdicionais internos incorporem como uma prática corriqueira (o que não vem sendo atendido no Brasil) o manejo de normas internacionais, principalmente nas querelas entre o próprio Estado e os indivíduos, quando a temática envolver os direitos humanos. Os Juízes, além de aplicar o conteúdo dos tratados internacionais, devem utilizá-los como ferramentas de interpretação do direito interno³⁷. Portanto, torna-se inegável a importância dos referidos tratados no ordenamento jurídico brasileiro, seja como fontes do direito ou como pautas interpretativas das normas, sejam elas constitucionais, supralegais, legais ou infralegais.

Para que essa tarefa seja bem desempenhada, torna-se imperioso que os Juízes brasileiros conheçam de modo sólido o Direito Internacional³⁸. Mas não basta conhecer o teor dos tratados internacionais. Muito mais do que isso, é absolutamente relevante conhecer como as Cortes e Tribunais Internacionais interpretam as normas contidas no sistema jurídico internacional³⁹, sejam elas positivadas em tratados ou dispostas em outras fontes do Direito Internacional, como os costumes.

37 CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *Ob. cit.*, p. 200.

38 “O papel do Judiciário, em relação à efetiva e correta aplicação dos tratados no Brasil é, como se nota, de fundamental importância. Por tal motivo é que os juízes e tribunais nacionais devem estar familiarizados com os instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, para que possam aplicá-los corretamente, principalmente no que concerne aos tratados de proteção dos direitos humanos, que têm índole e nível constitucionais”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 415.

39 “[...] en la tarea interpretativa se debe tener muy en cuenta la doctrina jurisprudencial de los órganos internacionales de protección, especialmente la de los de carácter jurisdiccional, por ser finalmente los intérpretes de las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos”. CASTAÑEDA OTSU, Susana. *El Principio de Interpretación Conforme a los Tratados de Derechos Humanos y su Importancia en la Defensa de los Derechos Consagrados en la Constitución*. In.: SILVA, Ricardo Méndez (Coord). *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002, p. 233.

Caminhando um pouco mais, deve o Juiz conhecer os princípios básicos da interpretação dos tratados internacionais⁴⁰, como os do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, conforme reconhece o próprio Supremo Tribunal Federal⁴¹. Com efeito, sempre que uma norma oriunda do sistema internacional for internalizada pelo Estado, todos os órgãos que o compõem devem ter em mente que as obrigações pactuadas devem ser cumpridas, mesmo em detrimento do direito interno. Somente munidos desse conhecimento, podem os aplicadores do direito interpretar as normas protetivas dos direitos fundamentais à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos demais tratados que gravitam ao seu redor⁴², ou seja, com base nos fundamentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A ordem constitucional, ao conferir aos tratados internacionais a natureza de fonte do direito estatal sujeita o aplicador do direito a promover uma interpretação das normas internas em harmonia com o sistema jurídico internacional. Dessa forma, necessário se faz uma “amabilidade para o Direito Internacional Público” pela Constituição Federal⁴³. Essa “amabilidade” faz como que a Constituição seja interpretada com base no Direito Internacional e surja, consequentemente, o “Direito Constitucional dos Direitos Humanos”⁴⁴. Sendo este uma releitura do Di-

40 Para um aprofundamento no estudo da presente temática, vide: RODRIGUES, Luís Barbosa. *A Interpretação de Tratados Internacionais*. 2. ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

41 “Gostaria [...] de tecer algumas considerações sobre a Convenção da Haia e a sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro. [...] A primeira observação a ser feita, portanto, é a de que estamos diante de um documento produzido no contexto de negociações multilaterais a que o País formalmente aderiu e ratificou. Tais documentos, em que se incluem os tratados, as convenções e os acordos, pressupõem o cumprimento de boa-fé pelos Estados signatários. É o que expressa o velho brocardo *Pacta sunt servanda*. A observância dessa prescrição é o que permite a coexistência e a cooperação entre nações soberanas cujos interesses nem sempre são coincidentes”. (ADPF 172-REF-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-6-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009.)

42 “[...] la interpretación de las normas relativas a los derechos y las libertades consagradas en la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y los acuerdos internacionales sobre dichas materias ratificados por los Estados”. CASTAÑEDA OTSU, Susana. *Ob. cit.*, p. 212.

43 HESSE, Konrad. *Ob. cit.*, p. 94.

44 Cf. SEPÚLVEDA I, Ricardo J. *EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*. In.: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (Coord.). *LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. ESTUDIOS EN HOMENAJE A HÉCTOR FIX-ZAMUDIO EN SUS CINCUENTA AÑOS COMO INVESTIGADOR DEL DERECHO, T. IX, DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 2008, p. 263-289.

reito Constitucional à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, passa-se a adotar uma concepção de Direito Constitucional *pro homine*.

Esse pensamento encontra fundamento dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, bem como na cláusula de abertura constitucional ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, na medida em que uma análise sistemática dessas normas justifica a força obrigatória dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

No direito comparado⁴⁵, conforme nos lembra Zagrebelsky, “tenemos el artículo 39 (del *Bill of rights*) de la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996, según el cual, al interpretar el catálogo de los derechos, los tribunales ‘deben tomar en consideración el derecho internacional y pueden tomar en consideración el derecho extranjero’...”⁴⁶.

Infelizmente, o Judiciário brasileiro, salvo algumas raras exceções, ainda não despertou para a necessidade de diálogo entre a ordem jurídica interna e a externa⁴⁷. São visíveis as dificuldades para a implantação de uma Justiça Constitucional que atenda aos anseios de uma sociedade inserida em contextos supranacionais. Torna-se necessária a derrubada de preconceitos, bem como assumir uma postura jurisdicional mais adaptável às realidades emergentes em âmbito regional

45 “Atualmente reconhece-se a importância do estudo do Direito Comparado, em geral, e do Direito Constitucional Comparado, em particular, como mais uma ferramenta para ajudar a reflexão no campo jurídico, uma vez que a ele se atribui uma visão mais global do direito, promovendo uma consciência integradora, em suas múltiplas diferenças e semelhanças existentes entre os vários sistemas jurídicos, rompendo com uma postura que leva o direito a um certo ‘gueto jurídico nacional’, sem se preocupar com os desafios globais que temos de enfrentar. Evidentemente que o Direito Comparado tem seus limites, mas quer seja como ciência autônoma, quer seja como método próprio de comparação de direitos, poderá quicá ajudar na solução global para problemas globais”. MEDEIROS, Oriane Dantas de. *Direito Constitucional Comparado. Breves aspectos epistemológicos*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 47, n. 188, out./dez. 2010, p. 330-331.

46 *QUÉ ES SER JUEZ CONSTITUCIONAL?* Trad. Miguel Carbonell. DÍKAION - LO JUSTO. AÑO 20 - NÚM. 15 - CHÍA, COLOMBIA - NOVIEMBRE 2006, p. 159.

47 “Inicialmente, cabe destacar a dificuldade do Poder Judiciário pátrio (especialmente das instâncias ordinárias) em lidar com a aplicação dos atos internacionais, notadamente quando não se alega qualquer proteção convencional na exordial, e pela análise do caso concreto entende-se que o juiz deveria conhecer e aplicar o tratado. Ora, quando um tratado se integra à ordem jurídica nacional passa a compor o acervo normativo pátrio, devendo então o Judiciário aplicá-lo tal como se lei interna fosse, ainda que não alegado pelas partes: *jura novit cúria*”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011, p. 414.

e mundial⁴⁸. Diante desse lamentável quadro, devem-se buscar meios para que o Judiciário não minore a importância dos tratados internacionais, reduzindo-os a simples enunciados vazios de conteúdo.

Uma das maneiras de reconhecer o devido valor das normas internacionais protetivas de direitos humanos é o estabelecimento de uma ponte de via dupla entre a Jurisdição interna e a internacional em benefício da proteção dos referidos direitos. Cabe aos órgãos do Judiciário brasileiro, assim como fez a Constituição Federal ao inserir uma cláusula de recepção de novos direitos, abrir-se para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, num claro exercício de atividade interpretativa expansiva *pro homine*.

É preciso “levar o Direito Internacional a sério” (*Taking International Law Seriously*). Mesmo as sentenças proferidas pelas Cortes e Tribunais Internacionais para Estados estrangeiros a demanda processual, devem servir como coisa interpretada para os aplicadores do direito no âmbito doméstico. Da mesma forma, deve-se reconhecer o papel relevante da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que toca também à jurisdição consultiva, uma vez que as *Opiniones Consultivas* por ela elaboradas devem servir de norte hermenêutico para a efetivação/concretização dos direitos humanos⁴⁹.

Para que os Direitos Humanos previstos nas fontes do Direito Internacional possam ser concretizados no âmbito interno, requer-se por parte dos juízes nacionais um papel muito mais ativo, criativo e decisivo do que o desempenhado até o presente momento, pois em muitas ocasiões esses magistrados tomam conhecimento inicial dos casos que envolvem violações explícitas aos citados direitos. O redesenho da vinculação dos juízes nacionais com relação aos tratados de direitos humanos, permitirá em muitos casos a reparação imediata do dano porventura decorrido da violação a tais direitos, bem como a aplicação de sanções aos agentes, inclusive aos estatais, que praticaram as ditas condutas⁵⁰.

48 MENDES, Gilmar. *Ob. cit.*, p. 282.

49 “Todavia, ainda não chegamos ao ponto de ser corriqueira a consulta pelos tribunais das decisões da Corte, sempre que se tratar de um caso de interpretação da Convenção Americana, ou de verificar a compatibilidade da legislação nacional com seus dispositivos”. ARAUJO, Nadia de. *A influência das opiniões consultivas da corte interamericana de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 6, n. 6, jun. 2005, p. 227-244. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24774>>. Acesso em: 8 dez. 2011.

50 CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *Ob. cit.*, p. 202.

A própria Corte Suprema brasileira não tem dado a resposta adequada no que tange a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos. O Supremo Tribunal Federal não reconheceu o caráter constitucional dos referidos tratados no ordenamento jurídico nacional. Ele optou por continuar com a tese do *status* infraconstitucional e supralegal, voltando ao entendimento adotado em 1914. O STF não revolucionou a pirâmide das normas jurídicas ao estabelecer a hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Muito pelo contrário, ele só voltou a adotar a tese aplicada há quase um século atrás, bem com a equiparar para fins hierárquicos os tratados que versam sobre direitos humanos aos que tratam de matéria tributária.

Constatado como essencial para concretização dos Direitos Humanos no Brasil, o dever de aplicação efetiva dos tratados internacionais que versam sobre os citados direitos pela magistratura brasileira torna-se inquestionável. Aplicando diretamente o conteúdo dos tratados ou valendo-se das decisões das Cortes e Tribunais Internacionais como pautas interpretativas⁵¹, é dever do Magistrado ser não só um defensor da Constituição e das leis internas, mas, sobretudo, um garantidor dos direitos previstos no sistema interamericano e universal de proteção dos Direitos Humanos. Como bem afirmou Celso Albuquerque Mello, “o Direito é algo vivo e que deve corresponder ao espírito da época em que é elaborado e aplicado. A nossa é a dos direitos humanos e os tribunais pretendem viver no século XIX com a mais selvagem dos capitalismo⁵²”.

Feitas essas considerações acerca do dever de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela magistratura brasileira, passa-se a uma breve análise específica da competência da Justiça Federal para aplicação dos referidos tratados internacionais.

Seção 2 – A Competência da Justiça Federal para aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

A Constituição Federal de 1988 reconhece em vários dispositivos a natureza de fonte do Direito aos tratados internacionais, principalmente aos que versam sobre Direitos Humanos. Nos termos do § 2º do art. 5º, ao nosso sentir, os tratados

51 “O papel da Corte é central para o desenvolvimento de jurisprudência e parâmetros (Standards) internacionais que potencialmente têm profundo impacto para a defesa dos direitos humanos a nível local, quando implementados através dos Poderes Judiciais nacionais ou outros mecanismos criados para este fim”. DULITZKY, Ariel E; GALLI, Maria Beatriz; KRSTIVÉVIC, Viviana. *Ob. cit.*, p. 83.

52 *Ob. cit.*, p. 28.

internacionais de direitos humanos internalizados pelo Estado brasileiro são elevados à categoria de normas constitucionais. Dessa forma, todos os órgãos do Poder Judiciário, sejam a nível Federal ou Estadual, da Justiça Comum ou da Especializada, devem aplicar as normas contidas nos tratados incorporados ao ordenamento jurídico pátrio. Mesmo não aceitando o devido valor das normas protetivas dos direitos humanos no ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal reconhece que tais tratados devem ser aplicados pela Jurisdição doméstica⁵³.

Em análise breve ao próprio texto constitucional de 1988, observa-se que o constituinte distribuiu entre diversos órgãos jurisdicionais a competência para aplicar os tratados internacionais celebrados e incorporados pelo Estado brasileiro. Com efeito, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência⁵⁴. Esse dispositivo demonstra claramente a vontade do legislador constituinte de obrigar os Tribunais pátrios a aplicarem as normas contidas em tratados internacionais.

Com relação à competência da Justiça Federal, a CF/88 preceitua que aos Juízes Federais compete processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional⁵⁵; os crimes previstos em tratado ou convenção internacional; os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro; a execução de carta rogatória, após o “exequatur”, e de sentença estrangeira, após a homologação; as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização⁵⁶. Não sendo nossa intenção os comentários pormenorizados de cada uma das competências descritas, vale destacar que o constituinte reconheceu a possibilidade de uma norma prevista em um tratado internacional preceituar um novo tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁷.

53 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 71.154/PR. Voto do Rel. Min. Oswaldo Tribueiro. Brasília. 04.08.1971. Publicado em 25/08/1971, p. 08.

54 Cf. art. 105 da Constituição Federal de 1988.

55 Essa competência já era prevista na Constituição Federal de 1891. Art. 60. Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: f) as ações movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contratos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações.

56 Cf. art. 109 da Constituição Federal de 1988.

57 “Para a aplicação dessa norma, deve-se observar que não basta a ocorrência de conduta criminosa prevista em tratado ou convenção internacional, deve-se demonstrar um nexo de internacionalidade que, se ausente, prevalecerá a competência da Justiça Estadual”. APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de O. S.; CARNEIRO, Wellington Pereira. *A Proteção contra o Genocídio no Ordenamento Jurídico*

Na Justiça Federal especializada também é inegável a possibilidade de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no exercício de suas competências. A Justiça Trabalhista⁵⁸, a Eleitoral e a Militar têm a incumbência de observar os ditames emanados do sistema jurídico internacional, já que não faltam tratados que versam sobre proteção ao trabalhador, direitos políticos e regime militar.

Por fim, também não se pode contestar que a Justiça Estadual também tem o dever de aplicar as normas contidas em tratados internacionais, principalmente os protetivos de direitos humanos. Infelizmente, conforme já fora salientado, raríssimos são os casos em que os Juízes e Tribunais estaduais fundamentam suas decisões com base nas fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos ou mesmo levando em consideração a interpretação que as Cortes e Tribunais Internacionais conferem as referidas normas⁵⁹.

Diante da distribuição de competências realizada pela Constituição no que tange a aplicação dos tratados internacionais, resta claro e evidente que é atribuição comum de todos os órgãos do Poder Judiciário, conforme já fora afirmado, a defesa dos direitos humanos previstos internacionalmente. Para tanto, é necessário que os órgãos que exercem a jurisdição, principalmente a constitucional, realizem

Brasileiro. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 401.

58 “É preciso que o Judiciário Trabalhista assuma o papel de garante da aplicação das normas internacionais não apenas de índole trabalhista, mas também das normas internacionais de direitos humanos com sua força supranacional. Para tanto, é indispensável a coragem de romper com as tradições hermenêuticas enraizadas na cultura jurídica nacional de primazia do direito interno sobre o direito internacional. Mister superar as fórmulas que empurram as normas internacionais de direitos humanos para um *status* infraconstitucional, ousando uma nova exegese constitucional e promovendo a aplicação de tais garantias às relações de trabalho”. REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. *O Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Constituição e o Papel dos Órgãos Judicantes no Brasil. Aplicação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Humanos previstos no Direito Internacional*. Rev. TST, Brasília, v. 70, n. 2, jul./dez. 2004, p. 109.

59 “La circulación de las jurisprudencias no compromete por tanto la identidad de la propia. La comunicación de experiencias está siempre filtrada porque presupone estándares mínimos de homogeneidad o juicios de congruencia sobre los textos y los contextos jurisprudenciales. Estos juicios son de las cortes nacionales. No determinan ninguna disminución de su función soberana”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ob. cit.*, p. 162.

seus melhores esforços para harmonizar o direito estatal ao Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶⁰.

Diante da clara evidência do dever de aplicação dos tratados internacionais pela jurisdição brasileira e constatada a competência da Justiça Federal para tanto, necessário se faz uma breve análise de algumas decisões em que os tratados internacionais de direitos humanos foram especificamente aplicados pela Justiça Federal, seja na primeira ou na segunda instância.

§ 1º Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Justiça Federal

Os Estados tem o dever inequívoco de adimplir os compromissos internacionalmente firmados em virtude, dentre outros fundamentos, do princípio do *pacta sunt servanda*. Dessa forma, ao incorporar determinadas fontes do Direito Internacional, como é o caso dos tratados internacionais, todos os órgãos públicos e entidades estatais, independentemente da esfera de governo ou mesmo do Poder a que pertencem, passam a estarem vinculadas as normas pactuadas.

Com relação ao Poder Judiciário não poderia ser diferente. Uma vez que os órgãos que exercem a jurisdição fazem parte da estrutura do Estado, também estão claramente obrigados a respeitar as normas provenientes do sistema jurídico internacional. Dessa forma, independentemente de fazer parte da Justiça Comum ou Especializada, Federal ou Estadual, dos Tribunais Superiores aos Juízos Monocráticos, todos devem aplicar os preceitos contidos nas fontes do Direito Internacional, especialmente nos tratados internacionais de direitos humanos.

Conforme fora demonstrado anteriormente, a Justiça Federal brasileira possui competência fixada constitucionalmente para aplicação dos referidos tratados. Dessa forma, torna-se necessária uma breve investigação acerca da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela Justiça Federal, tanto em primeira quanto em segunda instância.

A primeira decisão a ser analisada em que a aplicação direta de determinado tratado internacional de direitos humanos resta claramente evidenciada ocorreu num caso de apatridia. Trata-se de ação ordinária que tramitou perante a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte e que foi julgada pelo

60 ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 5, N° 1, 2007, p. 86.

Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior⁶¹, na qual o autor, refugiado de seu país de origem (Burundi) em virtude de violenta guerra civil e étnica, solicitou o reconhecimento de sua condição de apátrida (*heimatlos*), uma vez que não detém a condição de nacional reconhecida por nenhum Estado.

Apesar de a União Federal ter contestado o pedido feito pelo autor e pugnado pelo seu indeferimento, o citado Juízo entendeu por aplicar as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no que toca ao direito a nacionalidade e de ser reconhecido como pessoa, e a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954⁶², para fundamentar o reconhecimento ao autor da condição de apátrida, com todos os direitos que esse *status* lhe confere, tais como o direito a demandar em juízo, ao exercício de atividade profissional remunerada, benefícios da previdência, saúde e assistência social, livre circulação, obtenção de documentos de identidade, dentre outros.

A decisão em comento, ao aplicar um tratado internacional de direitos humanos, evitou que o seu autor fosse considerado como uma mera coisa pelo Estado brasileiro. Com efeito, pautou-se inegavelmente no postulado da dignidade da pessoa e nos princípios básicos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Apesar de todo o acerto da decisão em análise, a União Federal optou por interpor recurso de apelação, que foi processado e julgado pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cujo Relator foi o Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (convocado)⁶³. De forma bastante segura, o referido órgão jurisdicional, por unanimidade, negou provimento à apelação da União Federal, com base nas disposições contidas na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas e no princípio da dignidade da pessoa humana.

O teor das decisões proferidas pelos órgãos citados da Justiça Federal somente demonstram que a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro favorece a proteção dos direitos mais básicos dos indivíduos, como é o caso do reconhecimento da personalidade.

61 Cf. BRASIL, 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Proc. nº 2009.84.00.006570-0. Juiz Edilson Nobre. Natal/RN, 19/03/2010. Publicado em 20/03/2010.

62 Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 38, de 5 de abril de 1995, e promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002. Entrou em vigor para o Brasil em 13 de novembro de 1996.

63 BRASIL. TRF 5ª. APELREEX13349-RN. 3ª Turma. Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (convocado). Julgado em 29/09/2011. Publicado em 18/11/2011.

Outras decisões podem ser encontradas em que a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela Justiça Federal é bastante nítida.

De suma importância, pode-se citar uma decisão proferida pela 7ª turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em que se reconheceu que a prisão civil por dívida do depositário infiel não é mais tolerada em nosso ordenamento jurídico, em face da aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, norma de nível constitucional por força do art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988⁶⁴.

Decisão que também se destaca pela aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos foi proferida pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na qual também reconheceu a impossibilidade da prisão civil por dívida do depositário infiel, em virtude do caráter suprallegal de tais tratados, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁶⁵.

Além dos tratados internacionais acima citados, outros também foram efetivamente aplicados pela Justiça Federal, como é o caso da Convenção-Quadro para o Combate do Tabaco, no que tange a obrigatoriedade de advertências escritas e imagens em maços, embalagens e material publicitário de derivados do tabaco⁶⁶.

Não só tratados internacionais, mais também princípios básicos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como o da primazia da norma mais favorável, (interpretação *pro homine*), também vem sendo utilizados pela Justiça Federal em suas decisões, conforme se depreende do acórdão proferido pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que houve a aplicação do citado princípio hermenêutico como instrumento de proteção ao meio ambiente, a fim de promover a recuperação ambiental de áreas degradadas⁶⁷.

Por fim, cabe destacar a decisão prolatada pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que a União Federal foi obrigada a abrir seus arquivos militares acerca dos fatos ocorridos durante a Guerrilha do Araguaia, a fim

64 BRASIL. TRF 1ª. APELAÇÃO CÍVEL nº 200040000014865. 7ª Turma. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral. Julgado em 20/10/2009. Publicado em 06/11/2009.

65 BRASIL. TRF 2ª. REMESSA EX OFFICIO nº 354787. 4ª Turma. Des. Federal Luiz Antonio Soares. Julgado em 25/08/2009. Publicado em 21/09/2009.

66 BRASIL. TRF 4ª. AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 200804000462705. 3ª Turma. Des. Federal Roger Raupp Rios. Julgado em 31/03/2009. Publicado em 22/04/2009.

67 BRASIL. TRF 4ª. AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 200704000414457. 3ª Turma. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julgado em 17/02/2009. Publicado em 25/03/2009.

de garantir a possibilidade de um sepultamento digno dos restos mortais de dezenas de pessoas, bem como a descoberta da verdade por seus familiares acerca das circunstâncias das mortes⁶⁸. O que particulariza o acórdão em tela é a aplicação não só das Convenções de Genebra (Direito Internacional Humanitário), mas também a referência expressa a decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como as proferidas nos casos Blake e Neira Alegria.

Diante das poucas decisões mencionadas, constata-se que ainda é bastante tímida a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como dos precedentes de Cortes e Tribunais Internacionais por parte da Justiça Federal brasileira. Espera-se que essa situação ganhe novos contornos com a possibilidade de a Justiça Federal ser, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, competente para julgar as graves violações aos direitos humanos.

§ 2º O Incidente de Deslocamento de Competência

Uma nova competência foi atribuída a Justiça Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Trata-se da competência outorgada aos Juízes Federais para julgar as causas relativas a direitos humanos nas hipóteses de grave violação de tais direitos⁶⁹. Nesse caso, poderá ocorrer o denominado Incidente de Deslocamento de Competência⁷⁰.

Essa alteração constitucional adveio como forma de evitar que o Estado brasileiro possa ser condenado por Corte e Tribunais Internacionais em virtude da prática de atos que configurem violações aos direitos humanos. Com efeito, no que toca aos Estados Federais, como é o caso do Brasil, o Direito Internacional exige o fiel cumprimento de suas normas sem aceitar que a divisão política e constitucional

68 BRASIL. TRF 1ª. APELAÇÃO CÍVEL nº 200301000410335. 6ª Turma. Des. Federal Souza Prudente. Julgado em 06/12/2004. Publicado em 14/12/2004.

69 Cf. o inc. V do art. 109 da Constituição Federal de 1988.

70 Art. 109. § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

de competências estatais entre os Entes Federativos possa ser utilizada para legitimar a violação do que fora pactuado no âmbito internacional⁷¹.

Para o Direito Internacional, compete à União Federal e não as demais Entidades Políticas (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) fazer cumprir os compromissos internacionais assumidos, bem como representar o Brasil em caso de responsabilidade internacional por violação as citadas obrigações. Dessa forma, em face desta sistemática vigente, a União, ao mesmo tempo em que detém a responsabilidade internacional, não é responsável no âmbito interno, vez que não é competente para investigar, processar, julgar e punir muitas das violações pela qual estará internacionalmente convocada a responder⁷². Com efeito, tal fato justifica a federalização das graves violações aos direitos humanos⁷³, pois somente dessa forma, os demais Entes Federativos serão encorajados a atuar, sob o risco do deslocamento de competência⁷⁴, bem como poderá haver certa diminuição no número de casos submetidos à jurisdição internacional, assim como certo aumento no controle à impunidade.

Diante do exposto, observa-se que a norma contida no art. 109 § 5º da Constituição Federal de 1988 tem por finalidade ampliar a eficácia da proteção aos direitos humanos, principalmente em face dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro ao celebrar tratados e convenções internacionais⁷⁵, assim como evitar que o Brasil venha a ser responsabilizado por não cumprir adequadamente as obrigações livremente pactuadas⁷⁶.

71 RAMOS, André de Carvalho. *O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 842.

72 PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 305.

73 “A transferência que se promove para a Justiça Federal poderá ser prestigiada por parte da doutrina, que vislumbrará nela uma justa adequação entre responsabilidade e poderes da União. É que, sendo o país, por meio da União, responsável internacionalmente pelo cumprimento dos tratados sobre direitos humanos, muito se criticava a circunstância de não ter esta entidade federativa o controle pleno sobre a aplicação das diretrizes internacionalmente assumidas, posto que muitas delas pertencem à alçada dos estados-membros”. TAVARES, André Ramos. *Ob. cit.*, p. 49.

74 PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 305.

75 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 1029.

76 Cf. APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de O. S.; CARNEIRO, Wellington Pereira. *A Proteção contra o Genocídio no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 403.

Segundo os preceitos trazidos pelo dispositivo acima referido, compete ao Superior Tribunal de Justiça⁷⁷ julgar o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, em qualquer fase do inquérito ou processo⁷⁸, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, após ser suscitado pelo Procurador-Geral da República. Desse modo, conforme leciona André Ramos Tavares, são quatro as condições cumulativas para que se possa efetivar exitosamente o deslocamento em comento: a) estar originariamente à competência atribuída a Justiça estadual; b) haver grave violação de direitos humanos; c) obter o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil haja incorporado; e, d) ser suscitado pelo Procurador-Geral da República⁷⁹.

Alguns questionamentos são trazidos por parte da doutrina acerca do incidente de deslocamento de competência. Inicialmente, discute-se a questão dos processos de competência do tribunal do júri. Poderiam ser deslocado para a Justiça Federal? Seria necessária a criação de varas de júri na Justiça Federal? Essas indagações não foram respondidas até o presente momento⁸⁰.

Outra questão que merece ser tratada com atenção é a ausência de uma definição clara do que seja ‘grave violação de direitos humanos’. Com efeito, há certa discricionariedade no texto trazido pela E.C nº 45/04, o que enseja certa liberdade ao Procurador-Geral da República para dentro dos padrões de proporcionalidade decidir se suscita ou não o incidente, bem como ao Superior Tribunal de Justiça, que o julga⁸¹.

77 O STJ regulamentou a matéria através da Res. nº 6, nos seguintes termos: Art. 1o. Fica criada a classe processual de Incidente de Deslocamento de Competência – IDC, no rol dos feitos submetidos a esta Corte, em razão ao que dispõe a Emenda Constitucional no 45/2004 mediante o acréscimo do parágrafo 5o ao art. 109 da Constituição Federal. Parágrafo único. Cabe a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça o julgamento da hipótese prevista no caput deste artigo. Art. 2o. Fica sobrestado, até que este Tribunal delibere acerca do assunto, o pagamento de custas dos processos tratados nesta resolução que entrarem no Superior Tribunal de Justiça após a publicação da mencionada Emenda Constitucional. Art. 3o. A Secretaria Judiciária, após aquiescência do Presidente da Corte, implementará todas as providências necessárias ao cumprimento desta resolução. Art. 4o. Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2005).

78 “O dispositivo refere-se a ‘inquérito ou processo’, sem qualquer outra restrição. Ora, já de se incluir, automaticamente, o inquérito civil, além do criminal, e os processos de qualquer natureza, inclusive por improbidade administrativa ou decorrentes de ação civil pública”. TAVARES, André Ramos. *Ob. cit.*, p. 50.

79 *Ob. cit.*, p. 51.

80 Cf. TAVARES, André Ramos. *Ob. cit.*, p. 50.

81 “Em virtude do uso da expressão indefinida ‘grave violação de direitos humanos’, o nível de disci-

Ainda há que se falar em uma possível inconstitucionalidade do incidente de deslocamento de competência por violação ao princípio do juiz natural, em virtude de critérios vagos e imprecisos a competência para julgamento de determinada causa pode ser alterada após a prática de um fato ilícito⁸². Não vislumbramos a referida inconstitucionalidade, visto sob a ótica da necessidade de proteção efetiva e prevalente dos direitos humanos, bem como da utilização desse mesmo mecanismo quando da prática do desaforamento nas causa de competência do tribunal do júri.

Por fim, continuando no ponto de vista crítico, cabe ressaltar, como bem adverte Piovesan, que a “emenda poderia ter previsto outros legitimados para o incidente de deslocamento e não ter optado por centrar tal legitimidade exclusivamente no Procurador-Geral da República”⁸³.

Apesar das críticas acima apontadas, o mecanismo do incidente de deslocamento de competência já foi utilizado em dois casos. O primeiro, mundialmente conhecido, foi o caso da Missionária norte-americana Dorothy Stang⁸⁴, que foi tragicamente assassinada por militar em defesa dos colonos envolvidos em conflitos de terra com grileiros no Estado do Pará. Trata-se do IDC nº 1/PA, relatado pelo Min. Arnaldo Esteves Lima, em que o Superior Tribunal de Justiça fixou alguns pontos importantes, ao manifestar-se no sentido de que não é próprio do texto constitucional trazer definições como a de “grave violação aos direitos humanos”; a aparente incompatibilidade do IDC com alguns princípios constitucionais resolve-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos, na qualidade de pressuposto de admissibilidade do pedido, deve atender ao princípio da proporcionalidade; bem como deve ser demonstrado o risco de descumprimento de obrigações oriundas de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à persecução penal⁸⁵.

cionariedade concedido ao STJ na realização do deslocamento de competência foi exagerado. Outras diretrizes deveriam ter sido oferecidas pela Reforma quanto à esse delicado mecanismo”. TAVARES, André Ramos. *Ob. cit.*, p. 52.

82 TAVARES, André Ramos. *Ob. cit.*, p. 51.

83 *Ob. cit.*, p. 305.

84 “O Caso Dorothy Stang representa um marco nos debates acerca da federalização dos crimes contra os direitos humanos. A pressão de organismos internacionais de defesa dos direitos humanos e a consequente repercussão internacional do caso vieram intensificar a abordagem do tema em nosso país”. MARÇAL, Regina Elizabeth Tavares. *Ob. cit.*, p. 243.

85 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Deslocamento de Competência, nº 1- PA,

No que tange ao mérito da incidente acima citado, o STJ entendeu indeferir o pedido de deslocamento de competência, em razão do Estado do Pará ter comprovado que agiu de forma efetiva para a solução do caso, sendo que alguns dos acusados já foram, inclusive, condenados, o que não acarreta qualquer risco de responsabilidade internacional por violação aos direitos humanos⁸⁶.

Diferentemente do primeiro, no IDC nº 2/DF, relatado pela Mina. Laurita Vaz e cujos suscitados foram a Justiça Estadual da Paraíba e a de Pernambuco, o STJ deferiu o deslocamento de competência. O caso em tela trata do homicídio do Advogado e Vereador pernambucano, Manoel Bezerra de Mattos Neto. Notório defensor dos direitos humanos, a citada vítima militava para que as ações de grupos de extermínio que atuavam na divisa dos Estados citados não ficassem impunes. Com efeito, como houve pronunciamento uníssono do Ministro da Justiça, dos Governadores dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, da OAB e do Ministério Público da Paraíba, no sentido da incapacidade das autoridades locais em oferecer respostas efetivas e a favor do deslocamento de competência, bem como o preenchimento dos demais requisitos já comentados, decidiu o STJ nesse sentido.

Apesar da pouca utilização do IDC até o presente momento, há duas ADI's em tramitação no Supremo Tribunal Federal, cujos números são 3486-3 e 3496-3, propostas pela AMB e pela ANAMAGES, respectivamente, com a finalidade de que o dispositivo da E.C 45/04 que acrescentou a Constituição Federal de 1988 o inc. V – A e o §5º, ambos do art. 109, sejam declarados inconstitucionais, em virtude da criação de competência jurisdicional discricionária, em manifesta violação ao princípio do juiz natural e do devido processo legal, da segurança jurídica, da legalidade estrita, da competência do júri popular, do pacto federativo⁸⁷, da proporcionalidade e da não auto-aplicabilidade.

Como as citadas ADI's ainda estão pendentes de julgamento, resta-nos defender que o deslocamento de competência está sintonia com a sistemática constitucional que descreve a intervenção federal por afronta aos direitos da pessoa

2005/0029378-4. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1735835&sReg=200500293784&sData=2051010&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 02 dez. 2011.

86 Cf. MARÇAL, Regina Elizabeth Tavares. *Ob. cit.*, p. 281.

87 “A possível objeção quanto à intervenção ou restrição à autonomia dos Estados-membros e da Justiça Estadual pode ser respondida como o apelo aos valores envolvidos (proteção dos direitos humanos e compromissos da União de defesa no plano internacional) e com o caráter excepcional da medida”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1029.

humana⁸⁸, com a autorização prevista na Lei 10.446/2002 para atuação da Polícia Federal em investigações de crime de competência estadual⁸⁹ e com o dever constitucional e internacional de proteção aos direitos humanos.

Em suma, concordamos com André de Carvalho Ramos quando ele afirmar que “o novo § 5º do art. 109, então, está em plena sintonia com os comandos de proteção de direitos humanos da CF/88 e ainda com a visão dada ao instituto da responsabilidade internacional dos Estados Federais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”⁹⁰. Dessa forma, a possibilidade do Incidente de Deslocamento de Competência só vem a fomentar a proteção aos direitos humanos e a evitar a responsabilização internacional do Estado brasileiro pela violação a tais direitos.

Seção 3 – A Proteção dos Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal

A Jurisdição Constitucional transmuda-se com a nova fase do constitucionalismo evidenciada na contemporaneidade. Ela passa a servir-se de novos direitos, de novas fontes e até mesmo de métodos de interpretação das normas antes não utilizados. Depara-se essa nova Jurisdição com problemas que rompem as fronteiras estatais, com questões que necessitam de um diálogo entre ordenamentos jurídicos para serem equacionadas.

Com efeito, as novas experiências do Estado na era da informação pressionam mudanças de comportamento dos Tribunais e Cortes Constitucionais. Uma dessas alterações consiste justamente na necessária abertura da jurisdição constitucional ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Trata-se de uma verdadeira “Jurisdição Constitucional aberta”, ou, parafraseando Häberle, uma Jurisdição Constitucional Cooperativa, em que os órgãos de cúpula do Judiciário legitimam-se na construção de uma perspectiva jurídica de orientação comum⁹¹.

Esse citado caráter aberto da Jurisdição sofre, inegavelmente, influência da doutrina da interpretação constitucional “amiga” ou harmônica do Direito Internacional. Surgida no contexto do Direito Constitucional Alemão, preceitua que os Tribunais devem aplicar o Direito Interno em sintonia com as obrigações inter-

88 Cf. MARÇAL, Regina Elizabeth Tavares. *Ob. cit.*, p. 261.

89 RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 844.

90 *Ob. cit.*, p. 842.

91 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ob. cit.*, p. 160.

nacionais assumidas pelo Estado⁹². Trata-se de uma presunção de compatibilidade das normas internas com o Direito Internacional ou mesmo da necessidade de uma exegese conforme do direito estatal para com o sistema internacional. Dessa forma, evitar-se-á que ao Estado seja imputada responsabilidade internacional por conduta praticada no exercício da jurisdição.

Com base no até aqui exposto, observa-se que assim como os demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal também compete precipuamente à defesa dos direitos humanos, sejam os de origem interna (direitos fundamentais) ou os jusinternacionais⁹³. Com efeito, a tarefa da Jurisdição Constitucional não se resume à conservação das normas previstas no texto da Constituição Federal. Mais do que isso, há que se incluir, inegavelmente, como incumbência das Cortes e Tribunais Constitucionais a proteção de todas as normas integrantes do bloco de constitucionalidade, o que, a nosso entender, engloba todos os tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Estado brasileiro.

Certificado o dever do Supremo Tribunal Federal de proteger os direitos fundamentais e os direitos humanos, aplicando, consequentemente as disposições contidas em tratados internacionais que versam sobre os ditos direitos, necessário se faz estudar como o Pretório Excelso comporta-se no que toca a compatibilidade entre as normas emanadas do sistema jurídico internacional e a Constituição Federal de 1988.

§ 1º O Controle de Constitucionalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Um dos principais instrumentos utilizados para garantir a supremacia da Constituição no ordenamento é o Controle de Constitucionalidade⁹⁴. Trata-se, em síntese, de uma sindicância de compatibilidade vertical entre a legislação ordinária e a Constituição. Esse controle pode ser realizado de forma abstrata ou concreta.

92 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 97.

93 “Los derechos humanos se convierten en “derecho interno del Estado constitucional”. HÄBERLE, Peter. *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. Trad. de Joaquín Brage Camazano. In.: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Teoría general del derecho procesal constitucional. Ciudad de México: UNAM, t. I, 2008, p. 769.

94 Por não se objeto da presente pesquisa o aprofundamento das discussões sobre o controle de constitucionalidade, nos limitaremos apenas a algumas informações mais gerais.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal é competente tanto para o controle abstrato como para o concreto, enquanto que aos demais órgãos do Poder Judiciário cabem somente o controle incidental/difuso.

Com o advento da noção de bloco de constitucionalidade, outras normas passaram a servir como parâmetro para o citado controle. Tais normas consistem nos tratados internacionais de direitos humanos internalizados ao ordenamento jurídico pátrio como normas constitucionais. Dessa forma, controlar a constitucionalidade de uma norma ou mesmo de um ato jurisdicional ou administrativo é tarefa de suma importância para conservar os direitos positivados na Constituição, bem como os decorrentes da abertura constitucional ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com efeito, atualmente não se deve falar apenas em supremacia constitucional, mas sim em supremacia do bloco de constitucionalidade.

Diante do exposto, observa-se que os tratados internacionais de direitos humanos podem servir claramente como parâmetro para controle de constitucionalidade, seja na via difusa ou mesmo na concentrada. Para tanto, basta que tais tratados tenham a natureza de normas constitucionais. Ao nosso entender, com base em diversos fundamentos apresentados e por força do § 2º do art. 5º, os atos internacionais que protegem os direitos humanos que forem regularmente internalizados passam a deter a condição de normas constitucionais⁹⁵. Não foi esse o entendimento majoritário encontrado no Supremo Tribunal Federal, vez que a maioria de seus Ministros defendeu que somente teriam hierarquia constitucional os tratados internacionais incorporados com o rito específico do § 3º do art. 5º.

Como essa discussão já foi enfrentada, passa-se ao debate acerca da possibilidade do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo de outros órgãos do Poder Judiciário, declarar a inconstitucionalidade de um tratado internacional que verse sobre direitos humanos incorporado após o advento da Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1891 já estipulava como competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento de recurso das sentenças das Justiças dos Estados quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e a decisão

95 “[...] la Supremacía de la Constitución significa que es ella la fuente primaria y fundante del orden jurídico estatal. De modo que al colocar a la Constitución en el vértice de dicho orden, ella es la que dispone cuál es la graduación jerárquica del mismo. Porque como fuente primaria y fundante puede ocurrir que la Constitución resigne o comparta el primer plano, para reconocer en dicho nivel, al derecho internacional”. VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Año XXII. Valparaíso/Chile: 2001, p. 377.

do Tribunal do Estado for contra ela⁹⁶. Desse modo, vislumbra-se que não é de hoje que a Corte Suprema analisa a validade e aplicação dos tratados internacionais em nosso ordenamento jurídico.

Seguindo a sistemática adotada pelas Constituições de 1946⁹⁷ e 1967⁹⁸, o constituinte originário de 1988 regrou no art. 102 do texto constitucional a competência do Supremo Tribunal Federal para, na defesa precípua da Constituição⁹⁹, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Portanto, torna-se inquestionável que o STF pode, assim como o faz com as emendas constitucionais, declarar a inconstitucionalidade de um tratado internacional¹⁰⁰.

Reconhecida a possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, passa-se a desenvolver algumas linhas sobre os dois tipos de vícios que caracterizam a referida incompatibilidade com a Constituição.

A primeira situação corresponde à chamada “ratificação imperfeita” ou “constitucionalidade extrínseca”, que nas palavras de Celso de Albuquerque Mello “é aquela em que o Poder Executivo ratifica o tratado sem submetê-lo à aprovação do Legislativo, deixando de cumprir norma constitucional”¹⁰¹. Conforme já fora demonstrado, há no sistema jurídico brasileiro uma liturgia necessária para a cele-

96 Cf. Art 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: § 1º. Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela.

97 Cf. art. 101, III.

98 Cf. art. 114, III.

99 A principal competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal – STF é a guarda da Constituição, consoante disposição do art. 102, *caput*, da Constituição da República. Como supremo guardião da Constituição, o STF exercita competências constitucionalmente conferidas que protegem tanto a soberania interna como a soberania externa do país. OLIVEIRA, Raul José de Galaad. *Ob. cit.*, p. 161.

100 “Daí também por que a Constituição brasileira explicitamente estabelece o sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, inclusive daqueles havidos em tratados. Tal controle, que se põe no plano da competência concentrada, nos termos do art. 102, I, *a*, e, ainda, da competência difusa (art. 102, III, *c*), pode ensejar a apreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando que o princípio da sindicabilidade judicial dos atos fundados em tratados também constitui direito público subjetivo fundamental do indivíduo no sistema brasileiro”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ob. cit.*, p. 292.

101 *Ob. cit.*, p. 341.

bração e incorporação dos tratados internacionais. Caso essa processualística constitucional seja violada, ocorrerá um vício ensejador de inconstitucionalidade.

Acerca da ratificação imperfeita, a Convenção de Viena de 1969 reza que um Estado não pode invocar o fato de seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu ordenamento jurídico interno sobre competência para concluir tratados, salvo se a referida violação for a desrespeito de uma norma de seu direito interno de importância fundamental¹⁰². Diante da referida norma, constata-se que o sistema jurídico internacional aceita, em caráter excepcional, como escusa para justificar o descumprimento do que fora pactuado, a violação a norma constitucional que preceitua o rito de incorporação dos tratados¹⁰³.

Nota-se claramente que a CV/69 não permite que um determinado Estado descumpra as obrigações previstas em tratativas internacionais com fundamento em seu próprio direito interno. Desse modo, mesmo que haja antinomia entre o direito estatal e o internacional, este deve prevalecer, salvo, como já foi dito, se a violação for às regras constitucionais de celebração/incorporação dos atos internacionais.

O grande problema que subsiste é que o Estado brasileiro, respaldado por decisões do Supremo Tribunal Federal, adota o entendimento de que em caso de antinomia das normas contidas em tratados internacionais com as previstas constitucionalmente, a supremacia da constituição irá prevalecer¹⁰⁴.

O entendimento acima descrito foi defendido em várias decisões do STF ao longo de quase um século de debates acerca da aplicabilidade dos tratados internacionais no ordenamento jurídico doméstico. Como destaque, pode-se invocar a decisão proferida na ADI 1.480/DF¹⁰⁵. Nessa ocasião, o Pretório Excelso confir-

102 Cf. art. 46. 1.

103 “[...] havendo violação formal da Constituição (desrespeito ao procedimento de celebração de tratados) não fica o Estado responsável internacionalmente pela violação ocorrida; o que irá ocorrer é a declaração de nulidade da ratificação, mas não responsabilização do Estado na órbita internacional”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 250.

104 “A questão da constitucionalidade intrínseca é que tem levantado maior número de problemas. Ela ocorre quando o tratado formalmente respeita as normas de conclusão fixadas no direito interno. (ex.: aprovação pelo Legislativo), mas o conteúdo de alguma norma convencional viola a Constituição do Estado”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ob. cit.*, p. 344.

105 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 1.480-3/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04/09/1997. Publicado em 18/05/2001.

mou a tese da supremacia da constituição sobre todos os tratados internacionais, mesmo os que versam sobre direitos humanos¹⁰⁶. Portanto, segundo a jurisprudência dominante da Corte Suprema, os tratados internacionais podem ser controlados na sua constitucionalidade, seja de maneira difusa, seja de maneira concentrada¹⁰⁷.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal referir-se ao controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, Mazzuoli afirma que essa conduta não é absolutamente técnica, pois um tratado internacional não pode sujeitar-se a qualquer controle de constitucionalidade, por não poder decisão judicial interna fiscalizar a constitucionalidade de norma proveniente de outro sistema normativo (o sistema normativo internacional). O controle de constitucionalidade referido pelo STF versa tecnicamente sobre os atos internos de aprovação e promulgação do tratado, como o decreto legislativo e o decreto de promulgação, e não propriamente sobre os atos internacionais¹⁰⁸.

Tese que merece ser absolutamente destacada é da aplicação da norma mais favorável a proteção dos direitos humanos em caso de conflito entre a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos.

Para os que a defendem, não importa a hierarquia das normas, mas sim o seu conteúdo. Desse modo, não haveria que se falar em supremacia da Constituição ou prevalência do Direito Internacional sobre o doméstico, pois a norma preponderante seria a que melhor protegesse os direitos humanos¹⁰⁹. Portanto, caso uma norma interna seja mais benéfica, ela irá prevalecer sobre a internacional¹¹⁰. Por outro lado, na hipótese de uma norma internacional ser mais protetiva do que

106 “Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno.” (ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-9-1997, Plenário, DJ de 18-5-2001.) No mesmo sentido: RE nº 109.173-8/SP, Min. Rel. Carlos Madeira, julgamento em 27/02/1987. 2º Turma, DJ de 27/03/1987; AgRg.MI nº 772/1/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 24/10/2007. Tribunal Pleno, DJ de 20/03/2009.

107 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 127.

108 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 254.

109 “A chamada primazia da norma mais favorável significa que deve ser aplicada pelo intérprete necessariamente a norma que mais favoreça o indivíduo. Assim, a primazia da norma mais favorável nos leva a aplicar quer a norma internacional, quer a norma interna, a depender de qual seja mais favorável”. RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 146.

110 “O princípio da norma mais favorável pode se identificar com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Na medida em que este prevê que, “no caso de dúvidas deve preferir-se a

as estatais, aquelas devem subsistir. Trata-se da aplicação do princípio internacional *pro homine*¹¹¹ para resolver os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional¹¹².

A solução acima apontada está em sintonia com a necessidade de se garantir a supremacia dos Direitos Humanos na contemporaneidade. Tanto o Direito Constitucional quanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos possuem o mesmo objetivo, a proteção dos direitos mais básicos do ser humano. Dessa forma, seria mais prudente oferecer aos indivíduos a possibilidade de terem seus interesses tutelados pelo sistema que lhe seja mais favorável.

Infelizmente, este não vem sendo o entendimento aplicado pelo Poder Judiciário brasileiro. Seguindo os ditames das decisões do STF, os demais órgãos jurisdicionais seguem cegamente a ideia de supremacia da Constituição diante dos tratados internacionais de direitos humanos. Ao nosso entender, o controle de constitucionalidade dos referidos tratados é possível em nosso ordenamento jurídico, porém, não concordamos que a forma repressiva de controle seja a mais adequada, pois quando um órgão do Poder Judiciário declara a inconstitucionalidade de um tratado internacional de direitos humanos, afastando a sua aplicação a um caso concreto, ocorrerá a prática de um ato ilícito internacional, incidindo a responsabilidade internacional por violação aos direitos humanos, conforme já comentado anteriormente.

A fim de evitar que o Brasil seja condenado por Cortes e Tribunais Internacionais por prolatar decisões que desconsideram o conteúdo protetivo dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados, necessário se faz que esse controle seja realizado de forma prévia, antes do Estado contrair as obrigações com a sociedade internacional, conforme será mais bem argumentado nas linhas que seguem.

interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.” GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 317.

111 “[...] não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, como na doutrina clássica, porquanto o primado é sempre da norma – de origem internacional ou interna – que melhor proteja os direitos humanos; o Direito Internacional dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas”. CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. I. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 40.

112 “[...] o problema resolvido aplicando-se o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano (ou ‘princípio internacional *pro homine*’) [...]” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 49.

A) Necessidade de Controle Prévio de Constitucionalidade dos Tratados Internacionais pela Suprema Corte

O Brasil só se obriga a cumprir as normas contidas em um tratado internacional após a concretização da ratificação (aceite definitivo), ou seja, após o depósito do instrumento de ratificação perante o organismo ou autoridade que recebeu esta incumbência. Do contrário, quando um tratado entre em vigor internacionalmente e o Brasil já o ratificou/aderiu, serão aplicadas as sanções previstas em caso de descumprimento das obrigações assumidas¹¹³. É isso que pode ocorrer se o Brasil incorporar um tratado internacional ao seu direito doméstico e depois, unilateralmente, decidir não aplicá-lo em virtude de decisão que reconheceu a sua inconstitucionalidade material.

Como forma de adequar a possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos sem arriscar-se a ser responsabilizado internacionalmente pela violação dos mesmos, necessário se faz que o Brasil exerça o controle de constitucionalidade de forma prévia, antes de emitir o seu aceite definitivo, pois dessa forma, como o ciclo de formação da celebração/incorporação ainda não se consumou, poderá o Brasil não ratificar determinado tratado, ou mesmo ratificá-lo com reserva as normas que sejam antinômicas com a Constituição Federal de 1988.

No sistema jurídico brasileiro, afirmar-se que tal controle pode ser realizado de forma preventiva sem maiores complicadores, porque o Decreto Legislativo que aprova o tratado internacional¹¹⁴ está sujeito à impugnação através da

113 “El sometimiento a control constitucional a los tratados y convenios internacionales *ratificados y en vigor*, que genera una hipótesis fiscalizadora *posterior o represiva* aun cuando se intente morigerar la cuestión afirmando que el objeto del control se centra en la ley aprobatoria del tratado, no se compadece con el exigible requerimiento de seguridad jurídica, sume al instrumento internacional así examinado en una situación de inestabilidad jurídica y somete al Estado a la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional por la vulneración de sólidos principios generales del derecho de las naciones civilizadas, tales como el de *pacta sunt servanda*, cumplimiento de buena fe e imposibilidad de alegar normas de Derecho Interno (categoría en la que – a nuestro criterio – las sentencias judiciales quedan subsumidas) para exonerarse del cumplimiento de las normas de um tratado, acuerdo o convenio internacionales, pautas estipuladas expresamente en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y que la nutren axiológicamente”. BAZÁN, Víctor. *La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de Derecho Comparado*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Año IX. MONTEVIDEO: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, 2003, p. 158.

114 Cf. art. 49, I da CF/88.

Ação Direta de Inconstitucionalidade e também pela Ação Declaratória de Constitucionalidade¹¹⁵. Mais não é esse o único momento em que tal controle poderá ser exercido. Antes mesmo da primeira fase interna da celebração, a constitucionalidade de um tratado já pode ser examinada pela Consultoria Jurídica do Itamaraty, que emitirá opinião com potencial de evitar que o Chefe de Estado ou mesmo um plenipotenciário assine um tratado com normas flagrantemente inconstitucionais. Ainda há que se falar em controle de constitucionalidade prévio do decreto de promulgação, desde que ele seja editado antes do depósito do instrumento de ratificação. Vale ressaltar que a comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados também analisa e emite parecer acerca da (in)constitucionalidade dos tratados internacionais na processualística de incorporação, antes da aprovação do Congresso Nacional¹¹⁶.

Diante do acima afirmado, resta evidente que é possível um controle de constitucionalidade prévio dos tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, em nosso ordenamento jurídico. Porém, deve a Jurisdição somente declarar a inconstitucionalidade dos atos que integram o procedimento de incorporação se as normas previstas nos tratados internacionais de direitos humanos forem menos protetivas a tais direitos. Essa solução evita que normas provenientes de modos de produção jurídica diferentes possam entrar em conflito.

O controle prévio de constitucionalidade dos tratados internacionais é uma realidade em alguns sistemas jurídicos. Países como Espanha, França e Alemanha, seja por força de sua própria Constituição ou por uma criação pretoriana, utilizam desse instrumento como forma de evitarem a declaração de inconstitucionalidade repressiva e a consequente responsabilidade internacional por violação das obrigações assumidas. Na França, inclusive, esse controle prévio permite que a Constituição seja modificada antes da conclusão do procedimento de incorporação dos tratados internacionais, o que evitaria as consequências citadas.

Crê-se que o controle preventivo de constitucionalidade melhor se adequa a necessidade de harmonização da ordem constitucional ao sistema jurídico internacional de proteção aos direitos humanos¹¹⁷. No entanto, caso insista-se no

115 GUERRA, Sidney. *Ob. cit.*, p. 237.

116 “[...] requerimiento de inconstitucionalidad de un tratado debe necesariamente plantearse antes de que el Congreso despache al Ejecutivo la aprobación del tratado”. ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Ob. cit.*, p. 86.

117 Nesse sentido é a lição de Víctor Bazán: “Nos expedimos en favor del control preventivo o *a priori* de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales. Inclusive, y para evitar potenciales

controle repressivo¹¹⁸, necessário se faz que a declaração de inconstitucionalidade só produza efeitos após a denúncia do tratado pelo Estado brasileiro, ou, no mínimo, que sejam aplicados os efeitos *ex nunc* a decisão, como forma de respeito à segurança jurídica, ao *pacta sunt servanda* e a boa-fé. O que também é essencial é que o Judiciário evite declarar a inconstitucionalidade, seja de forma preventiva ou repressiva, dos tratados internacionais, na medida em que cabe aos magistrados interpretar tais atos conforme a Constituição.

Após escritas essas linhas, resta-nos sustentar que o ideal seria que o intérprete e, principalmente, o Juiz de Direito, empreendesses os maiores e melhores esforços para harmonizar as normas internacionais com direito doméstico, especialmente com a Constituição¹¹⁹.

Diante do até aqui exposto, evidencia-se que os tratados internacionais, principalmente os que versam sobre direitos humanos, devem ser aplicados efetivamente pela Jurisdição brasileira. Dado esse passo, urge a necessidade de instrumentalizar, de criar ferramentas processuais para que os órgãos do Poder Judiciário, desde o Juiz de Direito da menor Comarca do país a Suprema Corte, possam aplicar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mesmo que para tanto seja necessário o afastamento das normas internas.

inconvenientes en el despliegue vivencial de éstos, pensamos que sería conveniente pautar que dicha fiscalización fuese obligatoria, en orden a prevenir contradicciones o disturbios normativos ad intra e intensificar, así, la búsqueda de la preservación de la supremacía constitucional; coadyuvar al mantenimiento de la coherencia y la lógica del sistema interno de fuentes normativas, y evitar la vinculación jurídica del Estado correspondiente en el ámbito internacional sin proceder, previamente, a las adecuaciones normativas pertinentes o, en su caso, a desistirse de la aprobación del tratado o a concretarla con reservas". Ob. cit., p. 159.

118 "...los Tratados de Derechos Humanos no pueden ser objeto de control represivo de constitucionalidad a través del recurso o acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por las razones expuestas, pero principalmente porque ningún órgano del Estado durante la vigencia de un Tratado de Derechos Humanos, puede dejar de aplicarlo, ni siquiera la Corte Suprema a través de este mecanismo, de lo contrario incurriría en responsabilidad internacional, comprometiendo el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional. Necesario es tener siempre en consideración que en las relaciones internacionales conviene abrir campo a lo que es regla entre caballeros: la palabra de honor no se discute, se sostiene". VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Año XXII. Valparaíso/Chile: 2001, p. 383.

119 NEUMANN, Teodoro Ribera. *Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 5, n. 1, 2007, p. 116.

Capítulo 5. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS COMO NORMA-PARÂMETRO DE COMPATIBILIDADE VERTICAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A sociedade contemporânea vivencia inúmeras transformações dentro do complexo e mutável sistema jurídico. Hodiernamente, com relação à sindicância de compatibilidade vertical das normas no ordenamento jurídico, não há mais que se falar na existência apenas da Constituição Federal como norma-parâmetro de controle. É até certo ponto questionável, mas inegavelmente visível, o desenvolvimento de um novo marco de controle vertical das normas estatais. Trata-se da concreção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como novo paradigma de controle das normas estatais¹.

Observa-se como necessária a adequação do direito estatal as tratativas internacionais celebradas (*hard law*), sobretudo as que versam sobre os direitos humanos. Dessa forma, constata-se a existência de uma dupla compatibilidade vertical das normas provenientes do direito interno, vez que se exige sua compatibilidade tanto com a Constituição, como com os tratados internacionais de direitos humanos, oriundos do direito internacional².

1 Algumas das ideias adiante apresentadas já foram defendidas pelo autor no seguinte artigo científico: MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. *Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, ANO XVII, MONTEVIDEO: 2011, p. 463 - 483.

2 “[...] o Direito Internacional Público pode ser conceituado como o conjunto de princípios e regras jurídicas (costumeiras e convencionais) que disciplinam e regem a atuação e a conduta da sociedade internacional (formada pelos Estados, pelas organizações internacionais intergovernamentais e também pelos indivíduos), visando alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 55.

Não se trata aqui de uma rediscussão acerca das teorias que abordam a relação entre o direito interno e o internacional, mas sim de linhas que versam sobre o não exclusivo monopólio da Constituição como norma-parâmetro de controle das normas e a existência do Controle de Convencionalidade³ como instrumento de devida adequação pelos Estados aos normativos internacionais pactuados.

Na tentativa de buscar soluções para problemas e desafios comuns, vários Estados celebram tratados internacionais entre si ou com organizações internacionais, com a finalidade de disciplinar as relações interestatais, tanto a nível global como regional. No mundo globalizado em que vivemos, aspectos como a proteção dos direitos humanos não podem ser regrados apenas pela produção legislativa estatal, sob pena de massacres aos ditos direitos, como ocorrera no holocausto e nos Bálcãs.

As violações aos direitos humanos rompem fronteiras, sendo problema que assola a humanidade em nível global. Dessa forma, necessário se faz que os Estados, dentro de determinado padrão e mesmo havendo dissenso, pactuem acerca da proteção do ser humano, estabelecendo mecanismos de defesa do cidadão, independentemente da nacionalidade, contra a violação dos citados direitos, inclusive a realizada pelos próprios Estados.

Tais tratados, após a ratificação pelos Estados, passam a ser de observância obrigatória por todos os poderes e instituições nacionais, não podendo *v.g.* o Legislativo elaborar leis que sejam contrárias as tratativas internacionais, sob pena de responsabilização internacional do Estado, imputada pelos Tribunais e Cortes Internacionais, cuja jurisdição o Brasil voluntariamente aderiu, “cedendo” uma parcela de sua soberania a jurisdição de caráter supranacional.

Independentemente do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico estatal ou do procedimento de incorporação, o que fora pactuado tem que ser cumprido em respeito aos princípios gerais da boa-fé e do *pacta sunt servanda*. Não adiante alegar a tese hegeliana da soberania absoluta para justificar o não cumprimento dos tratados internacionais, pois a atual concepção do conceito de soberania destaca como uma de suas principais carac-

3 “[...] para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.” MAZZUOLI, *Ob. cit.*, p. 64.

terísticas a relatividade, pois pode o Estado⁴, no exercício da própria soberania e dentro de movimento neocontratualista, “ceder” parte dela (soberania) ao celebrar tratados internacionais⁵.

Como instrumento de exigência do cumprimento das disposições pactuadas nos tratados internacionais de direitos humanos, originou-se o chamado Controle de Convencionalidade. Apesar de a origem ser controversa, Mazzuoli leciona que “a ideia de ‘controle de convencionalidade’ tem origem francesa e data do início da década de 1970”⁶. Arremata o citado autor que “o Conselho Constitucional francês, na Decisão nº. 74-54 DC, em de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, pelo fato de não se tratar de um controle de *constitucionalidade* propriamente dito, o único em relação ao qual teria competência dito Conselho para se manifestar a respeito”⁷. Esse pensamento estendeu-se a Corte Europeia⁸ e a Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar de o tema despertar um amplo interesse, por uma questão de corte metodológico, concentra-se essa pesquisa no controle de convencionalidade do direito estatal exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como da prática da citada sindicância no âmbito da jurisdição interna.

4 Segundo os que adotam os postulados de Bodin, o Estado é o único e exclusivo titular da soberania. Tese que se contrapõe a de juristas contemporâneos como Ferrajoli, que atribuem ao povo a verdadeira titularidade da soberania.

5 “É verdade, professa o sábio publicista alemão (JELLINEK), que a soberania é uma vontade que não se determina jamais senão por si mesma, sem obedecer a influência estranhas. Mas o Estado não determina arbitrariamente a sua competência, porque ele não pode dilatar livremente o âmbito de sua ação. A competência do Estado encontra seus limites internamente na personalidade reconhecida do indivíduo e externamente no direito internacional por ele reconhecido. O Estado, por força desse reconhecimento, impõe-se limites a si mesmo, sem que possa, em seguida, juridicamente, libertar-se, por um ato de vontade própria e exclusiva, das obrigações que a si mesmo se impôs.” MARTINS, Pedro Baptista. *Ob. cit.*, p. 20.

6 *Ob. cit.*, p. 70.

7 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 71.

8 “Em la instalación de la teoría del control de convencionalidad la Corte Europea recordo recientemente que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, a través de una recomendación, se había congratulado por el hecho de que la Convención formara parte integrante del orden jurídico interno em el conjunto de los Estados Partes, recomendando a los Estados el compromiso de asegurar la existencia de recursos internos y su efectividad”. ALBANESE, Susana. *La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 22.

Após ser trançado em linhas gerais a construção pretoriana do referido controle na jurisdição regional interamericana, passa-se a analisar se o referido controle de compatibilidade vertical vem sendo adotado pelos órgãos do Judiciário brasileiro.

Por fim, espera-se que sejam trazidos argumentos sólidos para defender a utilização do controle de convencionalidade como instrumento de proteção dos direitos humanos por parte dos órgãos jurisdicionais.

Seção 1 – O Controle de Convencionalidade das Normas Internas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

No plano do sistema interamericano de direitos humanos, tem-se, assim como no caso do Conselho Constitucional francês, uma construção pretoriana do controle de convencionalidade. Tal fato constata-se da análise de alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente quando a citada estabelece um comparativo entre o direito doméstico de determinado Estado que aceitou a sua jurisdição contenciosa, com as disposições, notadamente, do Pacto de São José da Costa Rica⁹.

No caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*¹⁰, com o voto do Juiz Sergio García Ramírez, iniciou-se na jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos o controle de convencionalidade do direito estatal, independentemente da hierarquia normativa, frente ao Pacto de São José da Costa Rica, com a finalidade de responsabilizar o Estado pelo descumprimento dos preceitos do citado pacto¹¹.

9 “Pero como lo vienen sosteniendo desde hace no mucho tiempo algunos de los Magistrados de la Corte Interamericana, dicho cuerpo ejercita lo que ha dado en llamar a partir del caso *Myrna Mack Chang* el “Control de Convencionalidad”, lo que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que nuestro país se ha plegado, como luego veremos, y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo”. HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 7, n. 2, 2009, p. 109.

10 Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

11 Cf. Art. 2 do Pacto de São José da Costa Rica: Dever de Adotar Disposições de Direito Interno Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo

Após a temática ser originariamente levantada e debatida na citada Corte, outras decisões passaram a desenvolver o controle de convencionalidade. Consolidado o controle do direito interno tendo como parâmetro o Pacto de São José da Costa Rica, passou-se a desenvolver novas etapas evolutivas, com um alargamento cada vez maior do controle e com a definição de seus preceitos mais básicos. Dessa forma, além do controle efetivado pela Corte, entenderam os membros do Tribunal de São José que as jurisdições internas são submetidas também as disposições da Convenção Americana¹², devendo os magistrados declarar a invalidez/inconvencionalidade de leis e atos normativos a ela contrários¹³. De outro modo, compete ao Poder Judiciário o exercício de ofício de sindicância de compatibilidade vertical do direito estatal com os tratados internacionais de direitos humanos, no caso em tela, com a citada convenção¹⁴.

No início, o controle de convencionalidade foi exercido somente pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos. Posteriormente, a Corte estabeleceu que também aos órgãos de jurisdição interna competisse averiguar a adequação entre o direito doméstico e a Convenção Americana¹⁵. Mas a evolução do controle de convencionalidade não parou. Em importante decisão, a citada Corte preceituou que o controle de convencionalidade do direito estatal não é cabível somente em face do Pacto de São José da Costa Rica, mas também diante da inter-

com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outras natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

12 A corroborar este dever de realização do controle de convencionalidade pelos juízes domésticos, a Corte Interamericana também se espica no direito internacional geral, nomeadamente nos artigos 26 (*pacta sunt servanda*) e 27 (*vedação de exceção de cláusula de direito interno*). BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. *Ob. cit.*, p. 17.

13 “...en materia administrativa la actuación discrecional del Estado tiene límites infranqueables siendo los derechos humanos uno de esos límites”. FLAX, Gregorio A. *El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 49.

14 Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, p. 128.

15 “[...] pone en cabeza de los poderes judiciales de los Estados la obligación de llevar adelante el ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la letra de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado el Tribunal interamericano que, como se sabe, es el intérprete último de aquél”. BAZÁN, Víctor. *La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y El derecho interno en Argentina*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 5, n. 2, 2007, p. 154.

pretação que a dita Corte confere ao citado pacto, vez que ostenta a qualidade de última intérprete da Convenção Americana¹⁶.

Mostrando maturidade na construção do controle de convencionalidade, a CIDH decidiu que o citado controle não é possível apenas em um determinado caso concreto, mas também em abstrato, conforme observou Hitters ao afirmar que:

[...] conviene poner de resalto que en los primeros tiempos tal Tribunal Interamericano sostenía que era impropio la revisión supranacional si el precepto atacado no había sido aplicado. Empero últimamente el órgano aludido cambió de tornas destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales, aún en abstracto¹⁷.

Apesar do controle de convencionalidade se consolidar com o modelo atual nas decisões provenientes da jurisdição contenciosa da Corte, tal já era exercido quando do exercício da jurisdição consultiva¹⁸.

Diante dos contornos jurisprudenciais, doutrinários e do próprio texto do Pacto de São José da Costa Rica, podemos manifestar algumas considerações próprias do controle de convencionalidade¹⁹.

Trata-se de controle que deve ser, inicialmente, exercido pela jurisdição estatal, seja através dos juízos singulares ou de órgãos colegiados. Em caso de omissão da jurisdição interna, caberá a Corte Interamericana de Direitos Humanos efetuar o dito controle.

16 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, p. 124.

17 *Ob. cit.*, p. 118.

18 Cf. CIDH. Opinión Consultiva. OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la CADH).

19 “Podemos definir al control de convencionalidad como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente. Control enraizado en la efectiva vigencia de los derechos y garantías. Lugar donde confluyen ambos controles”. ALBANESE, Susana. *La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 15.

Não só o Pacto de São José da Costa Rica, mas também os demais tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos Estados e as decisões das cortes supraestatais²⁰, cuja jurisdição os ditos Estados aderiram, servem de parâmetro para a análise de compatibilidade vertical do ordenamento jurídico interno (leis, atos normativos, decisões dos Tribunais etc), independentemente da hierarquia normativa e da fonte de produção. Vale destacar que não caberá a Corte revogar a lei inconveniente ou reger abstratamente a situação levada a julgamento, substituindo o legislador estatal, mas sim declarar a inconveniência/anticonveniência do ato e determinar que o Estado o adapte ao tratado internacional de direitos humanos, norma-parâmetro de controle, sob pena de responsabilização internacional.

Diante do quadro que se demonstra, resta inegável que os Magistrados devem estar preparados para o exercício do citado controle. Dessa forma, mister se faz que haja um razoável conhecimento do teor dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, tanto no plano global (ONU), quanto no regional (OEA), e da interpretação²¹ conferida pelos Tribunais e Cortes Internacionais acerca das tratativas.

Claro que não se está aqui dizendo que será fácil o exercício do controle de convencionalidade, pois, apesar de já salientado que é irrelevante o *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos para fins do citado controle, muitos Tribunais e Cortes Constitucionais impõem obstáculos à aplicação das normas previstas em tratados internacionais, seja pelo desconhecimento da matéria, seja pela tentativa de manutenção do dogma da soberania estatal, principalmente no que tange ao exercício da jurisdição.

Para evitar uma possível responsabilização internacional do Estado pela prática de atos inconvenientes, deve-se utilizar, principalmente por parte dos ma-

20 “[...] podríamos denominar ‘bloque de la convencionalidad’ al conjunto CADH/‘otros tratados’ sobre derechos humanos/Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”. MIGUEL, Carlos Ruiz. *LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: ¿CRISÁLIDA DE UNA JURISDICCIÓN SUPRA-CONSTITUCIONAL?* In.: *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. Presentado por César Gaviria. Volumen II. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, p. 1360.

21 “[...] es profundamente importante advertir que la Corte Interamericana destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas del Pacto, sino también en la *interpretación* dada a esas reglas por la Corte Interamericana.” SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8, n. 1, 2010, p. 125.

gistrados, a técnica da interpretação conforme²². Conforme não só a Constituição, mas também conforme o Pacto de São José da Costa Rica²³ e demais normas emanadas do direito internacional dos direitos humanos²⁴.

Mesmo com a possibilidade de exercer um controle prévio de convencionalidade por parte dos atores do processo legislativo e mesmo com a opção de afastar interpretações inconventionais da lei e atos normativos, notadamente por parte do Judiciário, diversos casos são levados a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sendo que parte deles resulta em condenações impostas aos Estados, normalmente com a aplicação de sanções de caráter indenizatório, bem como com a declaração de inconventionabilidade e determinação de adequação do ordenamento jurídico estatal.

De forma técnica, vê-se que para uma lei ser considerada válida, necessário se faz a satisfação de dois crivos: (a) no plano interno, a compatibilidade com a Constituição, e (b) no externo, com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado. Mesmo satisfazendo o primeiro exame de compatibilidade, ou seja, mesmo a lei sendo constitucional, caso não esteja materialmente conforme os citados tratados, deverá ser declarada, seja pela jurisdição doméstica ou pelos Tribunais e Cortes Internacionais, como inconventional, dada a existência de vício material de inconventionalidade²⁵.

22 “[...] obligación de aplicar abiertamente en el ámbito interno no solo las Convenciones Internacionales de las que el Estado es parte sino las interpretaciones que de sus normas llevaron a cabo los órganos internacionales com aptitud de obrar”. ALBANESE, Susana. *La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 15.

23 Nesse sentido, manifesta-se Sagüés: “Mediante el uso de la interpretación “conforme”, el operador puede a menudo evitar la declaración de invalidez, por “inconventionalidad”, de normas constitucionales o subconstitucionales *prima facie* colisionantes con el Pacto de San José de Costa Rica. Se trata de un dispositivo práctico de rescate de esas normas, que podrán permanecer como válidas, en tanto y en cuanto se seleccione, para aplicarlas, sus interpretaciones posibles “conformes” con la Convención Americana, y se descarten las interpretaciones conflictivas con la misma Convención, o com la jurisprudencia de la Corte”. *Ob. cit.*, p. 130.

24 Cf. BAZÁN, Víctor. *Ob. cit.*, p. 145.

25 Nesse sentido, vale destacar a lição de Mazzuoli: “[...] a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição *e com* os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada *vigente* (pois, repita-se, está *de acordo* com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como *válida*, por não ter passado imune

Diante do até agora exposto, observa-se que o marco do controle de convencionalidade está no Pacto de São José da Costa Rica, ou seja, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 22 de outubro de 1969. Tal pacto foi incorporado ao direito estatal brasileiro apenas em 1992, sendo que o Brasil aderiu à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos somente em 1998.

Fato interessante é que não se trata apenas de um controle jurisdicional, conforme acima apontado, pois também pode ser realizado pelo Executivo e pelo Legislativo²⁶.

A atuação do Poder Executivo em matéria de controle de convencionalidade é bastante relevante. O Presidente da República pode exercer o citado controle tanto de forma preventiva quanto repressiva. Na modalidade de controle prévio, o Chefe do Executivo pode, ao decidir pela inconvenção de um projeto de lei, vetá-lo sob o argumento de que o citado projeto é inconvenção (veto por inconvenção). Em caráter repressivo, pode propor uma ação direta de inconvenção ou de convencionalidade.

Em relação ao Poder Legislativo, há possibilidade de exercício do controle em estudo tanto em caráter preventivo, quanto repressivo. Preventivamente, pode o Legislativo não aprovar leis inconvenções, revogar as que atualmente violam o Pacto de São José da Costa Rica, bem como editar leis com a finalidade de tornar efetivos os direitos previstos no citado pacto²⁷.

Com efeito, pode-se concluir que as bases que dão conteúdo a obrigação de realizar um controle de convencionalidade emanam de valores universais que se encontram mencionados em fontes convencionais dos sistemas universal e regional

a um dos limites verticais materiais agora existentes; os tratados, internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da Produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna *inválidas* (ou *ilegítimas*) as normas jurídicas de direito interno”. *Ob. cit.*, p. 76.

26 “Como consecuencia de lo expresado, va de suyo, que no sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones del derecho supranacional, sino también el Ejecutivo y El Legislativo, tanto en el orden nacional, como provincial y municipal, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 de la CADH)”. HITTERS, Juan Carlos. *Ob. cit.*, p. 124.

27 “Aliás, à maneira do que ocorre na teoria do controle de constitucionalidade, a inconvenção de uma norma interna (melhor dizendo do seu *projeto*) pode ser aferida preventivamente pelo próprio Parlamento Federal, em suas Comissões de Constituição e Justiça, ou pelo Presidente da República, quando veta (na modalidade do veto *jurídico*) os projetos de lei inconvenções, segundo a regra do art. 66, § 1º, da Constituição.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 126.

e estão em permanente desenvolvimento por parte da jurisprudência e da doutrina dos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos, especial os do sistema regional latinoamericano²⁸.

Mesmo sendo absolutamente possível a realização do controle de convencionalidade, seja de forma interna ou externa, torna-se imperiosa a tentativa de aplicar a norma que melhor proteja os direitos e liberdades ou que menos os restrinja, não importando à origem da norma, se nacional ou internacional²⁹.

§ 1º O Controle de convencionalidade concreto/difuso

Conforme fora tratado anteriormente, uma norma para ser considerada válida tem que se submeter a um duplo controle de compatibilidade vertical, ou seja, necessário se faz sua adequação tanto a Constituição Federal, quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, notadamente, ao Pacto de São José da Costa Rica³⁰.

O exame de compatibilidade do direito estatal com as tratativas internacionais foi denominado de controle de convencionalidade. Ele pode ser realizado não só pelo Poder Judiciário, mas também pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Detendo-se no controle jurisdicional de convencionalidade, passa-se a uma breve análise da declaração de invalidade de manifestações estatais conflitantes com os tratados internacionais de direitos humanos.

O controle jurisdicional de convencionalidade pode ser efetuado tanto pela via de exceção, quanto por ação direta.

28 LUCCHETTI, Alberto J. *Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 161.

29 CASTILLA, Karlos. *EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: UN NUEVO DEBATE EN MÉXICO A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL CASO RADILLA PACHECO*. In.: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XI, 2011, p. 624.

30 “[...] existe una necesaria coexistencia del control de constitucionalidad con el control de convencionalidad, por parte de los jueces nacionales a la hora de evaluar la validez formal y sustancial de una norma cuestionada, lo cual puede generar ampliaciones reforzantes del sistema de derechos, o bien, tensiones dirimentes entre ambos mecanismos”. DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. *Control de convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 63.

Discorrendo sobre o controle difuso de convencionalidade, Hitters leciona que “esta verificación de convencionalidad tiene un carácter difuso ya que cada uno de los magistrados locales puede y debe cumplir la tarea, sin perjuicio de la postrera intervención de la Corte Interamericana”³¹. Depreende-se das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e das poucas lições doutrinárias existentes sobre a temática ora estudada, que há total possibilidade, porque não dizer obrigação, dos magistrados estatais efetuarem o controle jurisdicional de convencionalidade pela via difusa. Inclusive, da mesma forma do controle jurisdicional de constitucionalidade, sustenta-se a possibilidade do Juiz, de ofício, controlar a convencionalidade das leis e atos pela via difusa, conforme aponta a doutrina pátria:

[...] o Poder Judiciário interno não deve se prender à solicitação das partes, mas controlar a convencionalidade das leis *ex officio* sempre que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte: *iura novit curia*. Assim, a negativa do Poder Judiciário em controlar a convencionalidade pela via difusa, sob o argumento de que não solicitado pelas partes ou de que não é possível exercê-lo *ex officio*, é motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos³².

Lições importantes são retiradas do ensinamento acima exposto. Vê-se que há uma total obrigação do Magistrado, um verdadeiro dever-poder de conhecer o teor das tratativas internacionais, sobretudo as que versam sobre direitos humanos, a fim de que possam efetuar o controle de convencionalidade, mesmo as partes interessadas na lide não suscitando o citado controle³³. Vale ressaltar que uma lei interna não pode excluir da competência do Magistrado o exercício do controle

31 *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 7, n. 2, 2009, p. 124.

32 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. São Paulo: RT, 2010, p. 74.

33 “La figura del control de convencionalidad está ligada a las obligaciones que asumen los Estados al firmar y ratificar tratados de derechos humanos, en especial, las que recaen sobre el Poder Judicial”. ZIMERMAN, Silvina. *El camino emprendido por los jueces hacia el control de convencionalidad*. Los

de convencionalidade, sob pena de violação a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁴ e ao próprio princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Como reconhecer a inconvenção de uma norma? Caso uma lei seja anterior à ratificação do tratado internacional de direitos humanos e com ele seja conflitante, aplicar-se-á a regra da *lex posterior derogat priori*. Dessa forma, o citado tratado irá revogar todo e qualquer dispositivo normativo em sentido contrário, previsto na legislação ordinária, não havendo que se falar na primazia do direito interno sobre o direito internacional. A situação será bem diferente no caso da lei ser posterior e conflitante ao tratado internacional de direitos humanos. Nessa hipótese, será tida como inconvenção, sendo, portanto, considerada inválida.

Ponto que merece ser destacado, é que no exercício do controle jurisdicional de convencionalidade, qualquer juiz ou Tribunal pode e deve declarar a invalidade de lei ou ato com base em sua inconvenção, não sendo necessário no exercício do citado controle pelos Tribunais o respeito à cláusula da reserva de plenário, ao contrário do que ocorre no controle de constitucionalidade³⁵. Dessa forma, deve e pode o órgão fracionário de Tribunal declarar expressamente a inconvenção de lei ou ato normativo do poder público.

Interessante notar que mesmo na hipótese acima citada, em que um órgão do Poder Judiciário não pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, terá competência para efetivar a sindicância de compatibilidade vertical tomando como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, qualquer órgão jurisdicional poderá efetuar o controle de convencionalidade.

derechos económicos, sociales y culturales. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 267.

34 “[...] si una norma local, constitucional o subconstitucional, intentara impedir el control de convencionalidad al juez apto para realizar control de constitucionalidad, esa regla concluiría necesariamente “inconvenção”, por oponerse [...] a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *EL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN DE UN IUS COMMUNE INTERAMERICANO*. In.: BOGDANDY, Armin Von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (coord.). *LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INTERNACIONALIZACIÓN. ¿HACIA UN IUS COSNTITUCIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA?*, T. II. México: Universidad Nacional Autónoma de México. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 2010, p. 456.

35 Súmula Vinculante nº 10 do STF: «Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”.

No controle difuso, a inconvençãoalidade deverá ser alegada como questão preliminar em casos concretos. Nesse caso, o Magistrado, constatando a inconvençãoalidade da lei ou ato do poder público, deverá declarar com efeitos *inter partes* a invalidez da norma, dada a incompatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado. Caso haja omissão do magistrado em efetuar o controle de convençãoalidade, o Estado poderá ser responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento das obrigações impostas nos citados tratados e pela omissão do dever de proteção dos direitos humanos.

Como a temática em tela é nova nos debates jurídicos, necessário se faz que a legislação nacional passe por uma adaptação em relação ao dito controle. Enquanto nossas leis processuais, nosso código de processo e/ou o próprio texto constitucional não se adaptam ao novo controle, devem ser aplicadas, por analogia e no que couberem, as regras inerentes ao controle de constitucionalidade, desde que observado algumas particularidades, como *v.g* a possibilidade de qualquer órgão jurisdicional declarar a inconvençãoalidade, o que não ocorre no controle de constitucionalidade, conforme já fora mencionado.

Diante do exposto, com relação ao controle jurisdicional de convençãoalidade pela via difusa, algumas considerações podem ser assim sintetizadas:

- a) o controle de convençãoalidade terá como parâmetro um tratado internacional que verse sobre direitos humanos, regularmente ratificado pelo Estado;
- b) poderá ser realizado por qualquer órgão jurisdicional, mesmo que tal órgão não tenha competência para o controle de constitucionalidade;
- c) deverá ser suscitado como questão preliminar no caso concreto;
- d) mesmo diante de ausência de alegação da inconvençãoalidade da norma ou ato, poderá o órgão julgador declarar *ex officio* a inconvençãoalidade de lei ou ato do poder público;
- e) a declaração de inconvençãoalidade produzirá a invalidação da norma ou ato com efeitos *inter partes*;
- f) há possibilidade de produção de efeitos *erga omnes* no controle difuso de convençãoalidade, quando ele for efetuado via Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal; ou quando, no caso brasileiro, o Senado Federal, nos termos de uma das interpretações do art. 52, X da CF/88, suspender a execução da lei inconvençãoal;

- g) será realizado sempre de forma repressiva;
- h) qualquer pessoa terá legitimidade para suscitar o controle de convencionalidade;
- i) compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo de tratado internacional de direitos humanos, independentemente do rito de incorporação; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de tratados internacionais de direitos humanos; e julgar válida lei local contestada em face de tratado internacional;
- j) possível aplicação do filtro recursal da repercussão geral das questões convencionais, no caso do recurso extraordinário.

Por fim, vale ressaltar que quaisquer normas internas, ao menos na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podem padecer do vício da inconvenção, inclusive as decisões judiciais, as súmulas e até mesmo as normas constitucionais³⁶.

§ 2º O controle de convencionalidade abstrato/concentrado

Com relação ao controle concentrado/abstrato de convencionalidade, algumas considerações devem ser feitas.

A primeira indagação a ser respondida diz respeito à possibilidade do controle de convencionalidade ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal em caráter abstrato e com efeitos *erga omnes*. Pode o STF, guardião da Constituição Federal, ser também um protetor dos tratados internacionais de direitos humanos? Que tratados internacionais de direitos humanos poderão servir como parâmetro para o citado controle por parte do STF? Quais os meios processuais adequados para o controle de convencionalidade pela via da ação direta? Bem, pode-se até não se concordar com algumas das ideias aqui defendidas, mas que tais questões suscitem debates palpitantes, isso é inegável.

Antes de adentrarmos nas respostas as indagações formuladas, mister se faz lembrarmos que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme noticiado anteriormente, compete o exercício do controle de convencionalidade das

³⁶ Cf. CIDH, caso *La última tentación de Cristo*, sentencia de 3 de febrero de 2001, serie C, nº 73.

normas e atos estatais, tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos. Sendo que tal controle poderá ser exercido tanto em um caso concreto como em abstrato.

Apesar de enaltecermos tal fato, nesse momento não voltaremos a escrever sobre o controle de convencionalidade exercido pelas Cortes ou Tribunais internacionais, mas sim acerca da possibilidade do dito controle ser exercido por Cortes e Tribunais Constitucionais.

O controle concentrado de convencionalidade nada mais é do que a investigação de compatibilidade do direito estatal com os tratados internacionais de direitos humanos, realizada pelos Tribunais e Cortes Constitucionais pela via da ação direta, em caráter abstrato, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*³⁷.

Segundo preceitua a parca doutrina brasileira sobre a temática abordada, somente os tratados internacionais de direitos humanos internalizados após a E.C 45/2004 e que forem incorporados seguindo o rito do § 3º do art. 5º é que poderá servir como parâmetro no controle de convencionalidade concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal, vez que tais tratados ostentam o *status* formal e material de norma constitucional³⁸. Nesse sentido, vejamos:

[...] pode ainda existir o controle de convencionalidade *concentrado* no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição (uma vez ratificados pelo Presidente, após essa aprovação qualificada). Tal demonstra que, de agora em diante, os parâmetros de controle concentrado

37 Leciona SAGÜÉS que “Dicha ‘inconveniencia’ (o, si se prefiere, ‘anticonveniencia’) importaria una causal de invalidez de la norma así descalificada, por carecer “desde un inicio” de “efectos jurídicos” (doctrina de “Almonacid Arellano”). La inconveniencia produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado. Y si éste no tiene, desde su inicio, vigor jurídico, equivaldría a reputarlo inexistente, *ex tunc*, con efectos retroactivos, para la solución del litigio donde es así enjuiciado.” *Ob. cit.*, p. 127-128.

38 Após a edição da E.C 45/2004, somente um tratado internacional que versou sobre direitos humanos foi incorporado ao direito doméstico brasileiro seguindo o rito especial do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. O Presidente da República, após a aprovação pelo Congresso Nacional do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, conforme o procedimento do dispositivo constitucional citado, promulgou através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, a Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

(de constitucionalidade e convencionalidade) no Brasil são a Constituição *e os tratados internacionais de direitos humanos* ratificados pelo governo e em vigor no país³⁹.

Seguindo a orientação trazida por Mazzuoli, observa-se como imprecisa uma releitura de alguns incisos do art. 102 da Constituição Federal. Visto que o STF tem o dever-poder de declarar a inconveniência de norma ou ato contrário a tratado internacional de direitos humanos incorporado pelo rito especial do § 3º do art. 5º da CF/88, o art. 102, *de constitutione ferenda*, merece uma nova redação condizente com os preceitos do controle de convencionalidade. Dessa forma, resta-nos defender que compete ao STF a guarda da Constituição e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente: a) ação direta de inconveniência de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal e a ação declaratória de convencionalidade de lei ou ato normativo de qualquer esfera de governo; b) o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconveniência.

As necessárias alterações do texto constitucional para uma possível adaptação dos preceitos do controle de convencionalidade a ordem constitucional brasileira não param nas anteriormente dispostas. Necessário se faz, conforme aponta a doutrina acima citada, o reconhecimento da produção de efeitos *erga omnes* e vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede das ações declaratórias de inconveniência e de convencionalidade, a observância do art. 103 da CF/88 quanto ao rol de legitimados para proporem as citadas ações, bem como a declaração da inconveniência por omissão de medida para tornar efetiva norma prevista em tratados internacionais de direitos humanos.

Ter-se-ia, dessa forma, uma Ação Direta de Inconvencionalidade, uma Ação Declaratória de Convencionalidade, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental previsto em tratado internacional de direitos humanos, bem como uma Ação Declaratória de Inconvencionalidade por Omissão, conforme leciona Mazzuoli⁴⁰.

Diante dos fundamentos trazidos, resta-nos esclarecer que os tratados internacionais de direitos humanos serão utilizados como parâmetro de compatibilidade vertical das normas e atos advindos do direito doméstico no controle de convencionalidade. Sendo válido destacar que conforme a citada lição de Mazzuoli,

39 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 111/112.

40 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 124/125.

se os ditos tratados forem incorporados pelo rito especial, outrora descrito, servirão tanto para o controle concentrado como para o difuso de convencionalidade, enquanto que para os tratados incorporados pelo rito comum, somente será cabível o controle de convencionalidade difuso, já que tais não são formalmente constitucionais.

Esse posicionamento não encontra eco na doutrina latino-americana, pois é dever dos Tribunais e Cortes Constitucionais exercer o controle de convencionalidade das normas internas, tendo como parâmetro todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado⁴¹.

No que toca aos tratados internacionais “comuns”, ou seja, os que não versam sobre a proteção dos direitos humanos, Mazzuoli leciona que a compatibilização das normas infraconstitucionais com tais tratados faz-se com utilização do controle de legalidade, em virtude deles não serem alçados ao *status* constitucional⁴².

Delineado o controle de convencionalidade, a próxima discussão concentra-se em responder a indagação de se há efetividade do citado controle de convencionalidade das normas internas pela Jurisdição brasileira.

Seção 2 – O Controle de Convencionalidade na Jurisdição brasileira

Concebeu-se claramente pelo escrito nas linhas precedentes, que por força das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte de São José entendeu que é dever não só dela, mas da Jurisdição interna dos Estados que ratificaram o dito tratado, controlar a compatibilidade vertical das normas domé-

41 Nesse sentido: “[...] la Corte Interamericana encomienda el control de convencionalidad a los jueces domésticos del Poder Judicial. Sin embargo, razones derivadas del principio de analogía, del argumento teleológico y del argumento *a fortiori*, llevan a concluir que esa directriz obliga también a los jueces de un Tribunal Constitucional extrapoder (cuando así ha sido diseñado por la Constitución), en las causas sometidas a su decisión. Si de lo que se trata es de asegurar el “efecto útil” del Pacto de San José de Costa Rica, contra normas internas que se le opongan, en los procesos respectivos, esa misión de aplicar sin cortapisas el derecho del Pacto tiene que involucrar, igualmente, a las cortes y tribunales constitucionales, aun que en algunos casos no pertenezcan al Poder Judicial y operen como entes constitucionales autónomos, o extrapoder”. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Ob. cit.*, p. 453.

42 *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas. ano IX. n. 12. Março/2009, p. 268.

ticas com os preceitos decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos e da própria exegese que a Corte produz⁴³.

Resta-nos investigar se o Judiciário brasileiro vem aplicando dos ditames da citada Corte e cumprindo o dever de afastar a aplicação das normas inconven-
cionais. Para tanto, utilizar-se-á de uma simples ferramenta disponível dos sítios de
alguns Tribunais pátrios na internet, para pesquisar se eles vêm exercendo o citado
controle.

Atônito, ao digitar em 10 de outubro de 2011, na ferramenta de pesquisa
de jurisprudência disponível no site do Supremo Tribunal Federal a expressão “con-
trole de convencionalidade”, nenhuma resposta foi encontrada. Isso significa dizer
que a mais alta Corte do nosso país ainda não está acostumada a aplicar devidamen-
te os tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico.

Continuando com a simples pesquisa na mesma data referida, dessa fez
o órgão do Judiciário escolhido foi o Superior Tribunal de Justiça. A resposta foi
idêntica a anterior. O sítio do STJ também não apresentou qualquer documento
que apresentasse a expressão “controle de convencionalidade”.

Deixando um pouco de lado os Tribunais Superiores e partindo para a
Justiça Federal, pesquisamos no portal da Justiça Federal da 5ª Região e nenhum
verbebo foi encontrado com referência a expressão buscada.

Continuando na Justiça Comum, só que dessa vez a nível estadual, em-
preendemos nossa pesquisa nos sítios do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
e do Rio Grande do Norte. Para nossa surpresa a resposta foi a mesma, nenhuma
decisão encontrada cuja ementa aborde a questão do controle de convencionalida-
de. Em mais um tentativa frustrada, também não encontramos no site do Tribunal
de Justiça do Estado de São Paulo qualquer decisão, seja monocrática, de órgão
especial, câmara ou pleno, com referência ao controle de convencionalidade.

Mesmo sem nos estendermos a todos os tribunais pátrios, seja na Justiça
Federal, comum e especializada, ou na Justiça Estadual, nos parece que os exemplos
citados são suficientes para demonstrar que a temática aqui abordada é absoluta-

43 “[...] devendo os juízes domésticos levar em conta as pautas hermenêuticas ditadas pela Corte, no
exercício do controle de convencionalidade em sede interna, com o fito de evitarem a responsabili-
zação internacional do Estado”. BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yúquio
Guenka. *Para Além do Debate em Trono da Hierarquia dos Tratados: do duplo controle vertical das nor-
mas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos*. RFD - Revista da Faculdade de
Direito da UERJ, v.1, n. 19, jun./dez. 2011, p. 19.

mente nova e desconhecida, talvez, pela maior parte dos Magistrados brasileiros, já que, infelizmente, ainda há os que sustentam que o Direito Internacional não tem muita importância.

Fica difícil de imaginar como um tratado internacional de direitos humanos que tem hierarquia, no mínimo supralegal na visão do STF, ou até mesmo constitucional, não tenha importância e que ela não seja devidamente reconhecida pelo nosso Judiciário.

Ao ignorar ou aplicar precariamente o controle de convencionalidade das normas doméstica, o Poder Judiciário, como intérprete constitucionalmente autorizado do Direito, deveria rever suas antigas posições e reciclar tradições jurídicas que não mais atendem aos anseios da sociedade contemporânea. É necessário expandir os horizontes e admitir que novas teses surjam⁴⁴. Talvez seja necessário ainda reconhecer a própria incapacidade de resolver todos os problemas jurídicos, e, por consequência, sociais, econômicos e políticos que derivam das atuais relações sociais.

A abertura da Constituição ao Direito Internacional elaborada pelo Constituinte de 1988 não foi à toa. Ela surgiu do reconhecimento de que o Estado de modo isolado não tem condições de resolver problemas que rompem as suas fronteiras.

É necessário que ocorra uma verdadeira abertura da Jurisdição brasileira ao diálogo com outras Jurisdições, sejam elas de âmbito estatal ou interestatais. Não basta apenas um “diálogo das fontes” normativas⁴⁵. Ele por si só será insuficiente se o Judiciário brasileiro não se adaptar aos novos contextos supranacionais e con-

44 REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. *Ob. cit.*, p. 107.

45 “O termo “diálogo” aqui empregado descreve a relação recíproca entre normas diversas na qual cada uma delas comunica a solução do caso concreto. A descoberta do fim a que servem é guia valioso para identificar a existência de propósitos comuns que as aproximam. Ao invés de optar por uma única regra graças aos princípios clássicos para a superação das antinomias, o intérprete aplica, simultaneamente, duas ou mais normas. O “diálogo” das fontes restaura a coerência do ordenamento, condição necessária para a ordem e a justiça, ao garantir tanto a previsibilidade das condutas quanto igual tratamento àqueles que pertencem à mesma categoria. A ordem e a justiça, dois valores caros ao sistema jurídico internacional, dependem da coerência interna das normas que o integram. Um sistema incoerente é injusto e não propicia a paz e a estabilidade, que estão sempre associadas ao estabelecimento da ordem. Por último, o “diálogo” das fontes assegura a realização da justiça concreta ao permitir a atualização do direito internacional”. AMARAL JUNIOR, Alberto do. *O direito internacional: entre a ordem e a justiça*. Revista de Informação Legislativa, v. 177, p. 129-148, 2008, p. 147.

tinuar ignorando a real “força normativa” do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

§ 1º O Controle de Convencionalidade como instrumento de Proteção dos Direitos Humanos

Diante dos argumentos expostos, resta inegável a existência hodiernamente de um controle de convencionalidade. Oriundo de uma construção jurisprudencial, a sindicância de convencionalidade ainda se encontra em processo de maturação, principalmente em países de constitucionalismos mais fechados, onde a relação entre o direito interno e o Internacional ainda é bastante difícil, como é o caso do Brasil.

Espera-se que com o aperfeiçoamento dos estudos em relação a presente temática, possa-se desenvolver mais um instrumento a serviço do cidadão para a proteção de seus direitos.

Independentemente da jurisdição ou da norma-parâmetro de controle, o que se busca é a máxima proteção do indivíduo, o que só ocorrerá com aplicação das normas que lhe forem mais benéficas, independentemente da sua fonte⁴⁶.

A aplicação por parte da Jurisdição brasileira do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a execução das decisões das Cortes e Tribunais Internacionais de proteção aos referidos direitos, não é uma questão de boa vontade dos Juízes e nem está sujeita a sua absoluta discricionariedade⁴⁷. Ela é imperativa, pois os próprios Estados livremente ratificaram os tratados internacionais constitutivos de tais órgãos internacionais e se submeterem voluntariamente a sua jurisdição.

Os Juízes, mediante o uso da ferramenta do controle jurisdicional de convencionalidade, devem prevenir por um lado e remover pelo outro os obstáculos de fato e de direito que mantém a impunidade que por si só consiste numa violação aos direitos humanos, e não podem invocar razões de direito interno, como leis de anistia, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, o princípio

46 “[...] o ‘diálogo das fontes’ e o princípio internacional *pro homine* ajudam o Estado – à guisa de uma ‘absolvição sumária’, se fosse possível fazer essa analogia – a se libertar de eventual responsabilização internacional por violação de direitos humanos, quando a discussão sobre a omissão (ou falta de proteção) estatal recair sobre a não aplicação de um direito internacional previsto em tratado de direitos humanos de que esse mesmo Estado seja parte”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 228.

47 ZIMERMAN, Silvina. *Ob. cit.*, p. 282.

do *non bis in idem* ou qualquer outra excludente de responsabilidade, que afetem o dever de respeitar as normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos⁴⁸. Dessa forma, cabe a cada Magistrado converter-se em operador primário da proteção aos direitos humanos.

Como afirma Hesse, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, notadamente pela Jurisdição Constitucional, podem desdobrar efeitos políticos de alcance considerável⁴⁹. Diante desse quadro, ou o giro copernicano tem início com o próprio Supremo Tribunal Federal ou se espera que a base do Judiciário alicerce de forma lenta e gradativa a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos e o consequente controle de convencionalidade, pois somente dessa forma o Estado aperfeiçoará o processo político-internacional de proteção aos direitos humanos.

Já se falou em abertura constitucional ao Direito Internacional, em abertura da Jurisdição as normas e interpretações do sistema de proteção internacional dos direitos humanos, agora, há que ser bastante conveniente defendermos que cada operador do Direito⁵⁰ deve abrir-se a esse veículo de proteção aos citados direitos, que é o controle de convencionalidade.

Ao final dessas linhas, após dialogarmos com vários doutrinadores nacionais e estrangeiros e conhecermos um pouco das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, só podemos considerar que o pretoriano controle jurisdicional de convencionalidade, cujo pioneiro na discussão aqui no Brasil foi Valerio de Oliveira Mazzuoli, serve como um efetivo instrumento de proteção aos direitos humanos, seja quando de sua aplicação no âmbito da Jurisdição doméstica, ou no caso de ser realizado por Cortes e Tribunais Internacionais.

§ 2º A Lei de Anistia brasileira e a Jurisprudência da CIDH

Não é de hoje que a problemática acerca da validade das leis de anistia vem sendo questionada em diversos palcos, sejam eles de natureza política ou

48 LUCCHETTI, Alberto J. *Ob. cit.*, p. 162.

49 *Ob. cit.*, p. 420.

50 “Doravante, o profissional do direito tem a seu favor um arsenal maior do que havia anteriormente para poder invalidar as normas de direito interno que materialmente violam ou a Constituição ou algum tratado internacional ratificado pelo governo e em vigor no país. E esta enorme novidade do direito brasileiro representa um seguro avanço do constitucionalismo pátrio rumo à concretização do almejado Estado Constitucional e Humanista de Direito”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 138.

mesmo jurisdicional. A proteção que as referidas leis conferem aos perpetradores de violações graves aos direitos humanos contra persecução judicial enseja grande discussão em diversos países, principalmente na América Latina⁵¹.

Em virtude de um passado caracterizado por ditaduras militares, execuções extrajudiciais, perseguições políticas, banimentos, desaparecimento forçado de pessoas, tortura, dentre outras atrocidades, vários Estados latinoamericanos⁵², incluindo o Brasil, optaram pela adoção de uma lei de autoanistia para promover uma verdadeira reconciliação nacional no período de transição da ditadura para a democracia, sendo a citada lei um dos instrumentos utilizados para efetuar a justiça de transição.

Os argumentos contrários à validade das leis de anistia, que não são poucos, vêm sendo sustentados tanto na Jurisdição doméstica⁵³, quanto na Internacional⁵⁴, ao ponto da Corte Interamericana de Direitos Humanos declarar a inconveniência das citadas leis, afastando a sua aplicação e produção de efeitos, no que toca a algumas de suas consequências.

No caso específico do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 153, decidiu que a Lei de Anistia brasileira foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, cabem destacar que o Pretório Excelso

51 Cf. BINDER, Christina. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. In.: BOGDANDY, Armin Von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (coord.). *LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INTERNACIONALIZACIÓN. ¿HACIA UN IUS COSNTITUCIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA?*, T. II. México: Universidad Nacional Autónoma de México. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 2010, p. 164.

52 Argentina, Chile, Uruguai, Peru, El Salvador, Paraguai, Colômbia, dentre outros.

53 “Na Argentina as leis de impunidade foram revogadas pela Suprema Corte, com base no Direito Internacional e cerca de 300 torturadores e seus chefes foram julgados e condenados dentro das estritas regras do Estado de Direito”. MIRANDA, Nilmário. *Aos 30 anos, anistia ainda é um processo inconcluso*. In.: Revista DIREITOS HUMANOS, nº 2. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009, p. 34.

54 “O direito internacional, particularmente na aplicação a ele dada em organismos como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Humanos, evoluiu com o passar dos últimos vinte anos até o ponto em que atualmente existem padrões claros relativos às obrigações dos estados a respeito da forma de enfrentar as violações dos direitos humanos, bem como proibições, como no caso das anistias gerais quando se trata de crimes internacionais”. ZYL, Paul Van. *PROMOVENDO A JUSTIÇA TRANSICIONAL EM SOCIEDADES PÓS-CONFLITO*. In.: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. n. 1 (jan./jun.). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 32-33.

ignorou em sua decisão a proteção internacional dos direitos humanos previstas em diversos tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro, a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o direito à memória e à verdade.

Ao reconhecer a recepção e não declarar a invalidade da lei de anistia por vício de inconvenção permitiu o Supremo que as graves violações aos direitos humanos perpetradas durante o regime militar fiquem impunes. Fato este que gerou a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em virtude da violação de diversas normas previstas no Pacto de São José da Costa Rica.

Diante dessa situação, resta aos órgãos estatais reconhecerem a inconvenção da lei de anistia brasileira e sua consequente invalidade e inaplicabilidade. Com efeito, tanto o Ministério Público tem o dever de investigar os fatos ocorridos durante o regime de repressão e que se configuram violações graves aos Direitos Humanos, quanto os membros do Poder Judiciário tem o dever de aplicar as normas contidas nos tratados internacionais e na jurisprudência das Cortes e Tribunais Internacionais, pois somente assim o Estado brasileiro não será novamente condenado e o respeito aos direitos humanos irá prevalecer.

Partindo para uma análise um pouco mais detida da presente temática, constata-se que a anistia pode ser considerada um instrumento tanto de cunho político, por ser normalmente oriunda de uma negociação realizada pelas diversas forças políticas da sociedade, quanto de natureza jurídica, na medida em que elimina legalmente todas as consequências de um delito, beneficiando os processados, fazendo desaparecer os antecedentes e até mesmo cessando a investigação e a apuração dos fatos ilícitos e graves violações aos direitos humanos.

O Brasil, após todo um contexto de crise dos direitos humanos instaurada durante o regime ditatorial militar, optou por dar um primeiro passo rumo à reparação das arbitrariedades cometidas através da Lei nº 6.653/79 (Lei de Anistia). Em virtude de sua clara insuficiência em promover uma efetiva justiça de transição, foi aprovada a Lei nº 9.140/95 (Lei dos Mortos e Desaparecidos Políticos) e a Lei nº 10.559/2002, ambas no intuito de amenizar as graves violações aos direitos de milhares de pessoas⁵⁵, principalmente através de reparações de natureza cível.

55 Cf. MIRANDA, Nilmário. *Ob. cit.*, p. 31.

O primeiro diploma normativo citado, a Lei de Anistia brasileira, veio para conceder anistia ampla aos que praticaram crimes políticos ou conexo com estes, durante o período da ditadura militar, conforme se depreende dos seguintes termos:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

Pode-se vislumbrar do dispositivo inicial da lei em tela que a anistia foi concedida tanto para os que atuaram em nome do Estado, quanto para os dirigentes e representantes sindicais, ou seja, os militantes de partidos políticos e movimentos sociais de esquerda que eram contra o regime ditatorial. Com efeito, duas consequências são apontadas para a norma em análise. A primeira consiste no fato de que a anistia foi concedida em via-dupla, ou seja, tanto para os que praticaram crimes em nome do Estado (tortura, desaparecimento forçado de pessoas, lesão corporal, constrangimento ilegal, ameaça, dentre outros), quanto pelos que militavam contra o Governo. A segunda seria a extensão da anistia não somente a crimes de natureza política, mas também os que forem praticados de forma conexa a estes.

Duras críticas são levantadas contra a Lei de Anistia brasileira e suas consequências por parte da doutrina⁵⁶. Dentre as principais, pode-se destacar que ela

⁵⁶ “Quanto à lei de anistia de 1979, que abrange crimes políticos praticados entre 1961 a 1979, há que se afastar a insustentável interpretação de que, em nome da conciliação nacional, a lei de anistia

é uma negação ao direito penal, notadamente quando o bem jurídico tutelado consistir em direitos humanos de natureza *jus cogens*; não funciona de forma efetiva como instrumento de conciliação da sociedade⁵⁷; gera impunidade aos perpetradores de graves violações aos direitos humanos⁵⁸; constitui atentado ao Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵⁹, sujeitando o Brasil às sanções decorrentes da responsabilidade internacional por violação a tais direitos; bem como atenta contra o direito à memória e à verdade⁶⁰.

Apesar das veementes críticas supramencionadas, a Lei de Anistia, juntamente com outros importantes instrumentos, fizeram parte da transição do regime ditatorial militar para o democrático. Com efeito, trata-se da existência na órbita

seria uma lei de “duas mãos”, a beneficiar torturadores e vítimas. Esse entendimento advém da equivocada leitura da expressão “crimes conexos” constante da lei. Crimes conexos são os praticados por uma pessoa ou grupo de pessoas, que se encadeiam em suas causas. Não se pode falar em conexidade entre fatos praticados pelo delinquente e pelas ações de sua vítima. A anistia perdoou a estas e não a aqueles; perdoou as vítimas e não os que delinquem em nome do Estado. Ademais, é inadmissível que o crime de tortura seja concebido como crime político, passível de anistia e prescrição”. PIOVESAN, Flávia. *DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A LEI DE ANISTIA: O CASO BRASILEIRO*. In.: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Nº 2 (jul./dez.). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 181.

57 “... no es para nada seguro que el apaciguamiento de los mayores criminales por medio de impunidad conduzca a la reconciliación o incluso a una paz sostenible; por el contrario, en muchos casos la persecución penal puede prometer mas para facilitar la reconciliación y la construcción nacional y hasta puede ser un requisito para la verdadera reconciliación”. AMBOS, Kai. *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*. In.: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Ed.). *JUSTICIA DE TRANSICIÓN*. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2009, p. 31.

58 Cf. MATUTE, Javier Dondé. *EL CONCEPTO DE IMPUNIDAD: LEYES DE AMNISTÍA Y OTRAS FORMAS ESTUDIADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*. In.: Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Montevideo: FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, 2010, p. 278.

59 Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 834.

60 “Ao contrário do que se propalou na transição do autoritarismo para a nossa democracia, a anistia não pode ser admitida como ato destinado ao esquecimento do que se passou, conquanto o direito dos povos à verdade e à memória liberte nossa consciência de lembranças funestas e constitui direito inafastável da cidadania. Anistia não deve ser distorcida como perdão, como se houvera crime a ser perdoado por beneplácito do poder. Ela é ato reparatório que decorre da quebra do Estado de Direito que prevalecia. Ademais, anistia é para pessoas atingidas pelo arbítrio, por leis excepcionais. A boa e velha ética rejeita estendê-la aos que agiram em nome do Estado”. MIRANDA, Nilmário. *Ob. cit.*, p. 32.

brasileira de uma Justiça de Transição⁶¹. Mas será que conceder anistia aos violadores dos direitos humanos é tão fundamental para a reconciliação nacional e para efetivar uma justiça de transição? Conforme aponta Kai Ambos, a simples anistia não satisfaz as demandas de uma verdadeira conciliação, pois ela deve ser acompanhada de mecanismos alternativos que permitam o completo e público estabelecimento da verdade e o reconhecimento e punição dos responsáveis pelos graves crimes violadores dos direitos humanos⁶². Diante do exposto, evidencia-se que a “justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, conceder reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação”⁶³.

Com efeito, apenas as reparações de natureza cível e a busca de uma provável verdade não são suficientes para conferir absoluta efetividade ao processo de transição brasileiro⁶⁴. Para que este se torne completo, necessário se faz que a Lei de Anistia seja ou revogada pelo Poder Legislativo, em virtude da inconveniência política e dos compromissos internacionais assumidos, ou mesmo declarada inválida pelos órgãos jurisdicionais, em virtude de sua clara inconvenção e dissintonia com os precedentes das Cortes e Tribunais Internacionais sobre o tema. Afinal, anistiar aqueles que violaram de forma grave os direitos humanos em nome do Estado fomenta a impunidade e atenta contra o dever de investigar, processar e punir os que praticam crimes internacionais, o que está em desacordo com a própria *raison d'être* do Estatuto do Tribunal Penal Internacional⁶⁵.

Muito embora posicionamentos em desfavor da anistia as graves violações aos direitos humanos sejam coletados tanto a nível doutrinário, quanto na jurisprudência de Cortes e Tribunais estrangeiros e internacionais⁶⁶, o Supremo

61 “Pode se definir a justiça transicional como o esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos”. ZYL, Paul Van. *Ob. cit.*, p. 32.

62 AMBOS, Kai. *Ob. cit.*, p. 32.

63 ZYL, Paul Van. *Ob. cit.*, p. 34.

64 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 185.

65 Cf. AMBOS, Kai. *Ob. cit.*, p. 95.

66 “Em 2005, decisão da Corte Suprema de Justiça argentina considerou que as leis de ponto final (lei 23.492/86) e de obediência devida (lei 23.521/87) -- ambas impediam o julgamento de violações cometidas no regime repressivo de 1976 a 1983 -- eram incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o que tem permitido o julgamento de militares por crimes praticados na repressão. No Chile, o decreto-lei 2191/78 -- que previa anistia aos crimes perpetrados de 1973 a 1978 na era Pinochet -- também foi invalidado por decisão do sistema interamericano, por violar

Tribunal Federal insiste em reconhecer a validade da Lei de Anistia brasileira, bem como sua nefasta consequência de perdoar os perpetradores de crimes como tortura e desaparecimento forçado de pessoas.

A questão da validade da Lei de Anistia foi levada ao Supremo Tribunal Federal após o *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*⁶⁷ ter ajuizado uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com o objetivo de que a anistia prevista na Lei nº 6.683/79 não se aplicasse aos crimes comuns praticados pelos agentes públicos durante o período da ditadura militar brasileira, na medida em que, dentre outros fundamentos, não houve real conexão entre os crimes políticos e os comuns praticados durante o período em tela; na preservação do direito à memória e à verdade; nos princípios democráticos e republicanos; e, por fim, na dignidade da pessoa humana⁶⁸.

Muito embora os fundamentos trazidos pela OAB digam respeito a não recepção pela Constituição Federal de 1988 de apenas uma das normas contidas na Lei de Anistia, ou seja, a extensão aos crimes comuns praticados em conexão com os políticos por parte dos agentes estatais, o Supremo Tribunal Federal perdeu uma boa oportunidade de fundamentar suas decisões nos tratados internacionais de direitos humanos e nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No que toca ao mérito da questão, o Pretório Excelso, no julgamento da ADPF nº 153, datado de 29 de abril de 2010, decidiu que a anistia conferida pela

o direito à justiça e à verdade. No Uruguai, militares têm sido condenados criminalmente – cite-se, como exemplo, decisão que condenou o ex-ditador Juan Maria Bordaberry. Por sentença da Corte Interamericana, leis de anistia no Peru também foram invalidadas, com fundamento no dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos”. PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 180.

67 “...a OAB ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, ação para que os arquivos da ditadura não permaneçam secretos, seguida de outra, perante o Superior Tribunal Militar, para apurar denúncias de que esses arquivos estavam sendo queimados e destruídos. Pretendeu-se, com isso, tirar o tema da mera discussão conceitual e dar-lhe conteúdo jurídico, fazendo que a nação o discuta objetivamente e lhe dê consequência prática”. BRITTO, César. *O direito à memória e à verdade*. In.: Revista DIREITOS HUMANOS, nº 5. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2010, p. 29.

68 Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Relator Ministro Eros Grau. Acórdão datado de 29 de abril de 2011. Distrito Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

Lei nº 6.683/79 estende-se aos crimes comuns praticados pelos agentes públicos da repressão contra opositores políticos durante o regime castrense⁶⁹.

Ao não reconhecer a invalidade da Lei de Anistia com base em preceitos oriundos do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁷⁰, a decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser considerada um fato ilícito internacional, passível de ensejar a condenação do Brasil perante as Cortes e Tribunais Internacionais, na medida em que a prática de graves violações aos direitos humanos ocorridos durante o período da ditadura militar, como a tortura e o desaparecimento forçado de pessoas⁷¹, viola completamente normas de *jus cogens* e são consideradas crimes internacionais, não podendo, dessa forma, ficar impunes⁷².

Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, diferentemente do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal, inúmeras decisões são encontradas no que toca a incompatibilidade entre leis de anistia e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

No Caso *Barrios Altos*⁷³, a Corte Interamericana de Direitos Humanos discutiu pela primeira vez de forma aprofundada a análise das leis de anistia⁷⁴. Com

69 Cf. MORAES, Ana Luisa Zago de. *O “CASO ARAGUAIA” NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*. In.: Revista Liberdades, nº 8. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: 2011, p. 90.

70 “[...]o Direito Internacional dos Direitos Humanos reconheceu a existência de obrigação de identificação dos agentes responsáveis pela violação dos direitos protegidos, persecução criminal dos mesmos e consequente afastamento da função pública que porventura exerçam. Essas obrigações buscam o combate à impunidade, com o consequente desestímulo a novas condutas atroz”. RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 832.

71 “La jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido reiteradamente que la desaparición forzada de personas es un delito *pluriofensivo*, una violación múltiple”. GONZÁLEZ, Juan Luis Modolell. *EL CRIMEN DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*. In.: Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Montevideo: FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, 2010, p. 198.

72 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 187.

73 “El nombre de “Barrios Altos” identifica a un sector de la Lima tradicional, que está en la parte alta y colindante con el centro histórico, y en donde siempre ha vivido gente de clase media y popular, y que cuenta en su haber con hermosas plazas, iglesias coloniales, y algunas viejas casonas”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Amnistía y derechos humanos. A propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”*. In.: SILVA, Ricardo Méndez (Coord.). *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002, p. 249.

74 Cf. MATUTE, Javier Dondé. *Ob. cit.*, p. 278.

feito, pode-se destacar, dentre outros entendimentos adotados pela referida Corte, que são inadmissíveis as disposições de anistia, disposição de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a sanção dos responsáveis pelas graves violações aos direitos humanos, tais como tortura, execuções extrajudiciais e desaparecimento forçado de pessoas, todas elas proibidas por serem contrárias aos direitos inderrogáveis (*jus cogens*) reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos⁷⁵.

Diante do entendimento acima citado, decidi a CIDH que as leis de anistia, por violarem os preceitos contidos nos arts. 8 e 25 c/c arts. 1.1 e 2, todos da CADH, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação e punição dos responsáveis por graves violações aos direitos humanos⁷⁶. Com efeito, trata-se de controle de convencionalidade realizado pela Corte acerca da incompatibilidade da lei de anistia peruana com os ditames do Pacto de São José da Costa Rica⁷⁷.

A decisão proferida no caso acima citado é de fundamental importância, na medida em que os princípios nela assentados devem ser aplicados a todos os demais casos análogos, em que a impunidade vige em razão de leis de anistia.

Seguindo a posição supramencionada, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dessa vez no Caso Almonacid Arellano, novamente decidiu, em suma, que os Estados não podem se afastar do dever de investigar e sancionar os responsáveis pelos crimes contra humanidade, aplicando leis de anistia ou outros diplomas normativos internos, uma vez que tais crimes são inaniistáveis e de penalização obrigatória, dada sua natureza de normas *jus cogens*⁷⁸.

Diante da imperatividade de investigar e punir criminalmente as graves violações aos direitos humanos, a CIDH preceituou que apesar dos Juízes e Tribunais internos estarem sujeitos ao império da lei, devem se escusar de aplicar normas internas que sejam conflitantes com os compromissos internacionais assumidos pelo Estado, pois os órgãos do Poder Judiciário, na medida em que fazem parte do

75 Cf. CIDH. *Caso Barrios Altos contra Perú*. Sentencia de interpretación de Sentencia de Fondo. Septiembre 3 de 2001. Serie C, n. 83, parágrafo 41.

76 *Idem*, parágrafo 44.

77 “[...] no Caso Barrios Altos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou seu entendimento de que as leis de anistia violam a Convenção Americana de Direitos Humanos”. RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 835.

78 CIDH. *Caso Almonacid Arellano contra Chile*. Sentencia de septiembre 26 de 2006. Serie C n. 154, parágrafo 99 y 114.

Estado, também estão submetidos às normas emanadas do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, incorporadas ao ordenamento jurídico. Com efeito, há um verdadeiro dever de abstenção por parte dos Magistrados em aplicar leis contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos, como é o caso das leis de anistia, principalmente em virtude da carência de efeitos jurídicos⁷⁹ das normas inconventionais, bem como de seguir a interpretação da CADH produzida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸⁰.

De certo modo, a jurisprudência da CIDH sobre a validade das leis de anistia é uníssona no sentido de que elas são incompatíveis com a CADH e que, portanto, não produzem efeitos jurídicos⁸¹.

Especificamente com relação à Lei de Anistia brasileira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no recentemente julgado *Caso Araguaia*⁸², reconheceu que o Brasil foi omissor ao não apurar os desaparecimentos forçados durante a “Guerrilha do Araguaia”, o que acarretou em sua condenação, em suma, a indenizar os familiares das vítimas, considerados desaparecidos políticos; realizar persecução criminal dos autores dos crimes cometidos no Araguaia; localizar e identificar

79 “La Corte no ha derogado las leyes de amnistía; [...]. No ha dicho que son inconstitucionales ni menos aun que son nulas. Por el contrario, la sentencia ha señalado que *carecen de efectos jurídicos*, com lo cual acepta una técnica similar al control difuso que se ejerce mediante la *judicial review*, cual es dejar intacta la ley, pero declarar que no es aplicable. Dicho en otros términos: carecer de efectos jurídicos o no ser aplicable, son prácticamente lo mismo”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Ob. cit.*, p. 255.

80 Nesse sentido: CIDH. *Caso La Cantuta contra Perú*. Sentencia de noviembre 29 de 2006. Serie C n. 162.

81 Cf. BINDER, Christina. *Ob. cit.*, p. 169.

82 “Entre 1972 e 1974, num território paraense hoje bastante desmatado, que tem Marabá como principal centro regional, se desenvolveu a chamada Guerrilha do Araguaia. Sob a direção do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), cerca de 70 pessoas, jovens em sua maioria, atuaram em ações de resistência armada ao governo militar. [...] A operação mais danosa para os militantes do PCdoB ocorreu na manhã do Natal de 1973, quando foram surpreendidos e mortos em seu acampamento na Gameleira, próximo à Serra das Andorinhas, quatro guerrilheiros, entre os quais Maurício Grabois e Paulo Mendes Rodrigues, dois dos principais chefes da guerrilha. Computam-se 47 desaparecidos nessa terceira e última fase dos combates. Calcula-se que apenas 25 guerrilheiros permaneciam vivos a partir de janeiro de 1974, tentando sobreviver. Sem comida, sem munição e sem medicamentos, foram sendo abatidos ou executados após serem presos, até 25 de outubro do mesmo ano, quando ocorreu a última das mortes conhecidas, da guerrilheira Walquíria Afonso Costa”. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 195.

as vítimas ou seus restos mortais; permitir o acesso aos arquivos históricos e a divulgação de suas informações, dentre outras medidas⁸³.

Utilizando-se do controle de convencionalidade, a CIDH decidiu que a ausência da tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro não impede a punição dos seus autores, em virtude de sua natureza *jus cogens*⁸⁴. Com efeito, apesar do entendimento referido, a Corte estabeleceu um mandado de criminalização para o Estado brasileiro, no sentido de que o Brasil deve tipificar de forma autônoma o delito de desaparecimento forçado de pessoas em sua legislação interna⁸⁵, sob pena de em agindo em sentido contrário, praticar uma inconvenção omissiva⁸⁶.

Além do entendimento supra, importa destacar como um dos pontos mais importantes da decisão em comento, que as normas contidas na Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são totalmente incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, portanto, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos ocorridos durante a Guerrilha do Araguaia e em outros tristes episódios, nem para a identificação e punição dos seus responsáveis⁸⁷.

Parece que o Supremo Tribunal Federal ignorou todos os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como o fundamental direito à memória e à verdade⁸⁸ ao decidir pela validade e eficácia da Lei de Anistia brasileira.

83 MORAES, Ana Luisa Zago de. *Ob. cit.*, p. 89.

84 Cf. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Versão em Português Serie C No. 219, parágrafo 105.

85 Cf. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Versão em Português Serie C No. 219, parágrafo 109.

86 O Brasil, apesar de o Congresso Nacional ter aprovado através do Decreto Legislativo nº 127/2011, ainda não promulgou a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, concluída em Belém do Pará, precisamente em 09 de junho de 1994.

87 Cf. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Versão em Português Serie C No. 219, parágrafo 325, item 3.

88 “Adicionalmente, este Tribunal também determinou que toda pessoa, inclusive os familiares das

Ao agir dessa forma, o Brasil é o único país sul-americano que foi vitimado pelo regime ditatorial militar a não saber os detalhes de sua História⁸⁹. Com efeito, reconciliação nacional, vontade democrática, escolha política, dentre outros, não são fundamentos suficientemente proporcionais para justificar, no caso da tortura e do desaparecimento forçado de dezenas de pessoas, a impunidade e a violação ao direito humano à verdade.

Apesar de o Estado brasileiro praticar atos e proferir decisões inconvenientes no que toca a concessão de anistia aos agentes estatais que praticaram crimes comuns durante o período da ditadura militar, vale ressaltar que mesmo assim ele vem empreendendo algumas ações legislativas e outras de natureza administrativa, com a finalidade de minorar os graves efeitos das atrocidades cometidas durante o citado período.

Dessa vez no âmbito do Poder Executivo Federal, fora editado o Decreto nº 7.037/2009⁹⁰, que aprovou o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH – 3), cujo ponto mais polêmico talvez tenha sido a parte referente ao Eixo Orientador VI, que aborda a questão do Direito à Memória e à Verdade, precisamente da apuração das violações a Direitos Humanos perpetradas durante o governo militar⁹¹.

Além das já citadas Lei nº 9.140/95 e nº 10.559/2002, outras importantes ações legislativas merecem serem destacadas, como a recentemente aprovada Lei nº 12.527/2011, que regula o acesso a informações, bem como a Lei nº 12.528/2011, que cria a Comissão Nacional da Verdade⁹² no âmbito da Casa

vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito de conhecer a verdade. Por conseguinte, os familiares das vítimas e a sociedade devem ser informados de todo o ocorrido com relação a essas violações”. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Versão em Português Serie C No. 219, parágrafo 200.

89 BRITTO, César. *Ob. cit.*, p. 29.

90 BRASIL. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. PNDH – 3 (Programa Nacional de Direitos Humanos). Brasília: SEDH/PR, 2010.

91 BRITTO, César. *Ob. cit.*, p. 28.

92 “Partindo-se do pressuposto de que os povos têm o “direito inalienável” de conhecer a verdade a respeito de crimes do passado, o que inclui as circunstâncias e os motivos envolvendo tais atos de violência, independentemente de processos que possam mover na Justiça, uma comissão da verdade pode ser definida como órgão estabelecido para investigar determinada história de violações de Direitos Humanos. Isso significa que, naturalmente, seu foco está no passado. Com mandatos previamente estabelecidos, que costumam variar entre seis meses e dois anos, tais estruturas geralmente são constituídas a partir de decisões oficiais. E não necessariamente precisam ser assim denominadas. [...]

Civil da Presidência da República, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações aos direitos humanos praticadas durante o período da ditadura militar brasileira, no intuito de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

Essas inovações administrativas e legislativas, como o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH – 3)⁹³ e a criação de uma Comissão Nacional da Verdade⁹⁴, com certeza podem ser consideradas um avanço em certos pontos, porém não podem ser tratadas como solução para a problemática envolvendo a impunidade decorrente da anistia as graves violações aos direitos humanos, como bem salientou a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos⁹⁵, nem podem substituir a tutela penal de bens jurídicos protegidos internacionalmente⁹⁶.

Diante do exposto e apesar do Supremo Tribunal Federal ter declarado que a lei de anistia foi recepcionada totalmente pela Constituição Federal de 1988, é dever de todo Magistrado brasileiro aplicar as disposições contidas na CADH⁹⁷,

Entre os objetivos de uma comissão da verdade está descobrir, esclarecer e formalmente reconhecer abusos do passado; restaurar a dignidade e facilitar o direito das vítimas à verdade; contribuir para justiça e *accountability*; acentuar a responsabilidade do Estado e recomendar reformas; promover a reconciliação, reduzir conflitos e estabelecer a legitimidade de um novo regime”. MEZAROBBA, Glenda. *Afinal, o que é uma comissão da verdade?* In.: Revista DIREITOS HUMANOS, nº 5. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2010, p. 32.

93 “A perspectiva da justiça transicional, em sua versão normativa, afirma que somente a busca da verdade, como é aliás preconizado pelo Programa Nacional dos Direitos Humanos – PNDH 3, a punição dos culpados por crimes contra os direitos humanos e a indenização e a reparação, quando possíveis, dos danos e prejuízos sofridos pelas vítimas são capazes de conduzir ao fortalecimento da democracia e à estabilidade institucional”. SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. *Justiça Transicional, Direitos Humanos e a Seletividade do Ativismo Judicial no Brasil*. In.: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Nº 2 (jul./dez.). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 263.

94 “As comissões de verdade dão voz no espaço público às vítimas e seus testemunhos podem contribuir para contestar as mentiras oficiais e os mitos relacionados às violações dos direitos humanos”. ZYL, Paul Van. *Ob. cit.*, p. 35.

95 Cf. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Versão em Português Serie C No. 219, parágrafo 297.

96 Cf. MATUTE, Javier Dondé. *Ob. cit.*, p. 273.

97 “[...] el control de convencionalidad tiene extensas consecuencias para el sistema de protección de los derechos humanos en América Latina, puesto que convierte a los jueces nacionales en guardianes de las garantías de derechos humanos comprendidas en la CADH [...]”. BINDER, Christina. *Ob. cit.*, p. 172. Nesse sentido: Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Versão em Português Serie C. n. 219, parágrafo 173.

seguir a interpretação realizada pela citada Corte⁹⁸ e afastar os efeitos e declarar a invalidade da Lei de Anistia brasileira, em virtude de sua clara inconvenção, por incompatibilidade vertical com a referida Convenção e com outros tratados internacionais de direitos humanos⁹⁹, pois somente dessa forma os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil serão observados e os direitos humanos efetivamente protegidos.

Somente atuando como verdadeiros defensores dos direitos humanos protegidos internacionalmente é que os Juízes brasileiros¹⁰⁰ poderão evitar que o Brasil seja responsabilizado pela jurisdição externa em virtude das violações aos citados direitos ocorridas não só durante o período do regime militar¹⁰¹, mas até os dias atuais.

Com efeito, cabe principalmente ao Supremo Tribunal Federal adequar a jurisprudência interna à internacional e reconhecer a invalidade das leis de autotanistia e a impossibilidade de se alegar prescrição ou outra forma de extinção da punibilidade nestes casos; reconhecer que a CADH, em virtude de sua hierarquia constitucional (ou, no mínimo supralegal) exige plena investigação e punição aos que cometeram graves violações aos direitos humanos; e, evitar que o Estado bra-

98 “...la Corte Interamericana demanda a los jueces nacionales ejercer su control también con respecto a su propia jurisprudencia”. BINDER, Christina. *Ob. cit.*, p. 171.

99 “Ao significar um ilícito internacional, por sua total incompatibilidade com os parâmetros protetivos enunciados pela ordem internacional, é de rigor que seja invalidada a lei de anistia brasileira, em nome da absoluta proibição da tortura, do direito à verdade e à justiça”. PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 187.

100 “...el defensor de los derechos en el Estado moderno, y más en concreto, de los derechos humanos, deben ser los jueces nacionales de cada país, ya que la jurisdicción supranacional sólo constituye, o debería constituir, un último recurso. Que debe usarse sólo cuando las vías domésticas se encuentren negadas a los ciudadanos de un determinado país”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Ob. cit.*, p. 257.

101 “[...] o Brasil, ao reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no final de 1998, inseriu no ato de reconhecimento, a tradicional ‘cláusula temporal’, pela qual somente casos ocorridos após tal data seriam adjudicáveis a tal Corte. Contudo, há precedentes na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que reconhecem o caráter permanente de determinadas violações de direitos humanos. Os fatos e a lei da anistia são da década de 1970, bem antes do reconhecimento brasileiro da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas os corpos continuam desaparecidos e os responsáveis por eventuais violações de direitos humanos continuam impunes, uma vez que a anistia impediu as possíveis ações penais. Assim, a lógica do Caso Blake pode ser perfeitamente aplicada ao Brasil, tornando ineficaz a cláusula temporal inserida no nosso ato internacional de reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 836/837.

sileiro seja condenado pelas Cortes e Tribunais Internacionais¹⁰², pois somente em assim agindo poderá seguir o bom exemplo de outros Tribunais domésticos e da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sendo esta, no dizer de Christina Binder, uma verdadeira Corte Constitucional latino-americana¹⁰³.

102 RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 838.

103 *Ob. cit.*, p. 186.

Capítulo 6. O ENTENDIMENTO DO STF COM RELAÇÃO AO STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao longo da história é um tema que desperta grande interesse por parte dos que se dedicam ao estudo do direito constitucional internacional.

Com a intenção de demonstrar que o nível hierárquico das fontes do Direito Internacional está intimamente ligado ao grau de abertura constitucional a recepção de novos direitos, bem como ao diálogo estabelecido pelos órgãos jurisdicionais com outras Cortes e Tribunais, no que toca a proteção dos direitos humanos, inicialmente, serão analisadas as decisões da Corte Maior proferidas antes da Constituição Federal de 1988. Para tanto, partir-se-á da análise de acórdãos proferidos no início do séc. XX, em que prevalecia o *status* supralegal, até a década de 70, momento em que o Pretório Excelso mudou de entendimento e passou a considerar a tese da paridade normativa entre leis ordinárias e tratados internacionais, mesmo os de Direitos Humanos, conforme fundamentos delineados no histórico e relevantíssimo julgamento proferido no RE 80.004/SE.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, há que se estudar novamente a temática da hierarquia dos tratados. Desse modo, passa-se a avaliar as decisões do Supremo Tribunal Federal posteriores a redemocratização do Estado brasileiro e com fundamento na nova ordem constitucional. Nessa oportunidade, demonstraremos que o STF manteve o velho paradigma da hierarquia infraconstitucional dos ditos tratados, confirmando a tese da paridade normativa dos mesmos com a legislação ordinária, ao analisarmos a questão da prisão civil por dívida, sua permissão pela Constituição Federal de 1988 e vedação, *v.g.* pelo Pacto de São José da Costa Rica.

Nas proximidades do final da primeira década do séc. XXI, observamos que o Supremo Tribunal Federal novamente alterou seu entendimento acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Com o julgamento do RE 466.343/SP os referidos tratados continuaram a ter hierarquia infraconstitucional, porém, não mais se sustentou a paridade normativa com a legislação ordinária, mas sim o caráter supralegal, apesar da divergência entre os Min. Gilmar Mendes, defensor do valor infraconstitucional e supralegal, e do Min. Celso de Mello, que alterou entendimento anteriormente firmado para adotar a tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, com base, dentre outros fundamentos, no § 2º do art. 5º da CF/88.

Outra tese que apesar de ser minoritária na doutrina brasileira e nunca ter sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal, mas que desperta interesse, é a do *status* supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, conforme será analisado posteriormente.

Após traçados os fundamentos e premissas que sustentam cada tese referida restam-nos oferecer o nosso posicionamento sobre a problemática da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Seção 1 – Análise das Decisões do STF anteriores a Constituição Federal de 1988

Uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas antes do advento da Constituição Federal de 1988 no que toca a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira torna-se bastante salutar, a fim de definir que relevo é conferido aos citados instrumentos internacionais pela Corte Maior brasileira.

Desde já, cabe ressaltar que ocorreu uma mudança de paradigma do valor supralegal para o meramente legal dos referidos tratados. Para que essa afirmação seja comprovada, será feito um breve estudo dos fundamentos de cada voto proferido pelos Ministros do STF que participaram do julgamento do RE 80.004/SE, em 01 de junho de 1977, em virtude de seu indiscutível valor histórico.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal e a tese da paridade normativa entre lei e tratados internacionais

O conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional já vem sendo objeto de discussão de longa data no universo jurídico brasileiro. Seja no âmbito doutrinário ou jurisprudencial, o debate entre constitucionalistas e internacionalistas sempre se mostra acirrado no que toca a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico, principalmente os que versam sobre Direitos Humanos.

Um dos fatores que propiciam as dúvidas e debates do tema em estudo é a ausência de normas constitucionais claras e bem definidas sobre o *status* das fontes do Direito Internacional na ordem jurídica brasileira¹. Parece-nos que os legisladores ou não querem enfrentar o tema ou desconhecem a importância que as normas externas têm no plano interno. Essa ausência de solução expressa por parte do texto constitucional faz com que a doutrina aprofunde o estudo e que a jurisprudência, ao menos momentaneamente, se encarregue de dizer a quem assiste razão. O problema é que as decisões judiciais nem sempre estão em sintonia com as novas tendências da sociedade contemporânea, o que faz com que críticas possam ser feitas e novas teses levantadas.

A discussão a respeito da hierarquia dos tratados internacionais tem como questão de fundo o conflito entre uma norma de origem interna e outra derivada da recepção às fontes do Direito Internacional. Como solucionar esse conflito? Prevaleriam, por exemplo, os tratados internacionais sobre as leis internas? Ou seriam as leis internas que seriam aplicadas em caso de antinomia com os ditos tratados? Teriam os tratados internacionais hierarquia supralegal ou poderiam ser revogados por uma lei interna posterior? Pode-se afirmar que esses questionamentos já vêm sendo enfrentados a mais de um século, não só no Brasil, mas em inúmeros países.

Diante da relevância do tema, passa-se nesse momento a investigar como o Supremo Tribunal Federal adotou a tese da paridade normativa entre leis e tratados internacionais.

Nos primeiros anos do séc. XX, o Supremo Tribunal Federal iniciou os debates e a busca de respostas aos questionamentos outrora formulados. Em 07 de janeiro de 1914, decidindo o Pedido de Extradicação nº 07/1913, relatado pelo Min. Canuto Saraiva, a Corte Excelsa optou por considerar que um tratado continuaria em vigor no ordenamento jurídico interno mesmo após haver uma lei posterior

1 Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 334.

contrário a ele. O Pedido de Extradicação em tela foi requerido pela Legação da Alemanha, tendo como extraditando o Sr. Ernst Wegscheider. A decisão da Excelsa Corte preceituou, em suma:

É declarada nulla e insubsistente, por falta de competência, a sentença denegatória de extradição, fundada no falso suposto de ser o caso regido pela lei n. 2.416, de 18 de junho de 1911, provando-se posteriormente não ser essa a lei aplicável, por não ter sido ainda denunciado o tratado existente entre o paiz requerente e o Brazil².

Trata-se de reconhecimento da hierarquia supralegal dos tratados internacionais, independentemente na natureza dos mesmos, no direito estatal brasileiro, em virtude da não aplicação da Lei nº 2.416/1911 frente ao anterior tratado celebrado entre Brasil e o outrora Império da Alemanha, em 17 de setembro de 1877.

Firmado esse primeiro precedente, novamente o Supremo foi instado a se manifestar acerca da melhor solução para o conflito entre lei interna e tratado internacional, bem como, por consequência, determinar qual a posição das normas externas no direito estatal.

No julgamento da Apelação Cível nº 7.872/RS, ocorrido em 11 de novembro de 1943, o STF manteve o entendimento anteriormente exposto. A discussão objeto de exame versava sobre a isenção de impostos e taxas aduaneiras incidentes sobre produtos importados do Uruguai. No presente caso, indagava-se se o Tratado de Comércio e Navegação entre o Brasil e o Uruguai, celebrado no Rio de Janeiro, em 25 de agosto de 1933, e promulgado pelo Decreto nº 23.710, de 09 de janeiro de 1934, poderia ter seus preceitos revogados por lei interna. O relator, Min. Philadelpho Azevedo proferiu voto bastante elucidativo sobre a questão ventilada, no qual alguns fundamentos merecem ser destacados:

Mas, na categoria interna, que posição deve ser reservada ao tratado na plena paridade com a lei ordinária, segundo faz supor, por exemplo, a referência Constitucional nos casos de recurso extraordinário por ofensa a

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradicação nº 7/1913. Rel. Min. Canuto Saraiva. Brasília. Tribunal Pleno. 07.01.1914. Publicado em 21.10.1914.

leis ou tratados ou uma situação especial, determinada por caracteres originais? [...]

Entre nós, a formação dos tratados, após a fase precontratual das negociações, se assemelha à das leis, exigindo pronunciamento do Poder Legislativo, promulgação e publicação, sujeita esta às normas gerais de vigência. [...] (tratado), em princípio, altera as leis anteriores afastando sua incidência, nos casos especialmente regulados [...] o tratado é revogador por leis ordinárias posteriores, ao menos nas hipóteses em que o seria uma outra lei? A equiparação absoluta entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional³.

Dos fundamentos acima apresentados, observa-se que o Supremo Tribunal Federal novamente reconheceu o caráter supralegal dos tratados internacionais. Outros pontos ainda merecem ser destacados do voto citado. Baseado nas lições de Pontes de Miranda e Aureliano Leal, o Min. Philadelpho Azevedo defendeu a possibilidade de controle de constitucionalidade de um tratado pelo Poder Judiciário, conforme será mais bem analisada oportunamente, a impossibilidade de um país modificar um tratado sem a concordância dos demais contratantes, nos termos da Convenção de Havana de 1928, bem como o reconhecimento de que a obrigação de cumprir os termos de um tratado só finda com a Denúncia.

Dessa forma, ao permitir o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais e conferir a prevalência dos mesmos sobre as leis internas, reconheceu o citado Ministro a hierarquia supralegal e afastou a supraconstitucional dos tratados internacionais. Vale ressaltar, ainda, que o tratado objeto da discussão versava sobre isenção de impostos e taxas aduaneiras, matéria que está longe de ter a natureza e relevância da proteção dos Direitos Humanos.

Na década de 50, no julgamento dos Embargos em Apelação Cível nº 9.583/RS, o Tribunal Pleno da Corte Suprema, em 22 de junho de 1950, decidiu que uma lei posterior não poderia revogar um tratado internacional. Mais uma vez

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 7.872/RS. Voto do Rel. Min. Philadelpho Azevedo. Brasília. Primeira Turma. Publicado em 11.10.1943, p. 14-16.

a querela consistia em decidir sobre a aplicação do já citado Tratado de Comércio e Navegação entre o Brasil e o Uruguai em detrimento de lei interna posterior. O Rel. Min. Lafayette de Andrada, referindo-se a anterior voto proferido pelo também Min. Hahnemann Guimarães, defendeu que os tratados não devem ficar subordinados a lei geral de cada país.

Corroborando com o entendimento da hierarquia supralegal dos tratados internacionais, o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade que a simples promulgação de norma interna não é meio hábil para a denúncia de um tratado, bem como que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitas às leis gerais de cada Estado, pois, em regra, eles têm por finalidade justamente a exclusão ou limitação dessas mesmas leis. Dessa forma, atestou novamente o STF que uma simples lei não tem força para alterar os termos de um tratado internacional⁴.

A hierarquia supralegal defendida pelo Supremo Tribunal Federal na primeira metade do séc. XX começou a perder força na déc. de 60. No julgamento do Conflito de Jurisdição nº 4.663/SP, em 17 de maio de 1968, o Rel. Min. Eloy da Rocha proferiu seu voto baseado nas lições de Hélio Candiotto Campos, defendendo a equivalência da Convenção de Genebra as normas internamente elaboradas em virtude da Constituição Federal não conter norma expressa de predominância do Direito Internacional. Apesar não ter sido a questão de fundo decidida, teve início na Corte Maior uma ruptura do entendimento anteriormente predominante.

Abordando as decisões do Supremo Tribunal Federal que versam sobre a aplicação dos tratados internacionais no âmbito interno brasileiro, não se pode deixar de enfatizar, mesmo que de forma breve, o RE 71.154/PR, julgado pelo Tribunal Pleno em 04 de agosto de 1971, cujo Rel. foi o Min. Oswaldo Trigueiro. Trata a querela sobre a aplicação da Lei Uniforme sobre o Cheque adotada pela Convenção de Genebra, celebrada em 19 de março de 1931 e promulgada pelo Decreto nº 57.595, de 07 de janeiro de 1966.

O recurso extraordinário foi interposto contra decisão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em que foi decidido que as convenções internacionais não têm o poder de modificar a legislação interna de cada nação participante, dada a necessidade de repetir-se o conteúdo da Convenção de

⁴ Esse entendimento foi mais uma vez reconhecido em decisão proferida na Apelação Cível nº 9.587/DF, julgada pela Segunda Turma do STF, em 21 de agosto de 1951. O Rel. Min. Lafayette de Andrada, defendeu a tese de que o Decreto-lei 7.404, de 22 de março de 1945 não poderia revogar o Tratado de Comércio entre Brasil e Estados Unidos, promulgado pelo Decreto 542, de 24 de dezembro de 1935.

Genebra em uma lei interna. Em suma, defendia a decisão recorrida que um tratado não poderia revogar uma lei interna.

Felizmente, a decisão e os entendimentos nela contidos não seduziram o Pleno do Supremo Tribunal Federal, que por unanimidade reconheceu com base no voto do Min. Oswaldo Trigueiro que não há necessidade de repetir o conteúdo de um tratado em lei interna, já que a aprovação de tratados obedece ao processo de elaboração das leis. Portanto, vê-se que o Brasil não adotou o Dualismo Radical de Carl Heinrich Triepel, conforme destacado nos fundamentos do citado julgado:

Quanto ao direito brasileiro, não me parece razoável que a validade dos tratados fique condicionada a dupla manifestação do Congresso, exigência que nenhuma das nossas Constituições jamais prescreveu. Por outro lado, acho que [...] a definitiva aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, revoga as disposições em contrário da legislação ordinária⁵.

No mesmo sentido foi proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decisão no julgamento do RE 69.873/PE, em 11 de novembro de 1971⁶.

Diante das várias decisões do Supremo Tribunal Federal que foram apresentadas e brevemente comentadas, constata-se que as normas emanadas do Direito Internacional ocuparam um papel de destaque no sistema jurídico brasileiro, pois a elas era conferida hierarquia suprallegal, ou seja, abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária.

Após algumas mudanças na composição do Supremo Tribunal Federal, a tese da primazia do Direito Internacional sobre as leis internas foi novamente questionada. No julgamento do RE 80.004/SE a Corte Excelsa, apesar da divergência, alterou o seu entendimento, deixando de adotar a primazia do direito externo para acolher a tese da prevalência do direito estatal, ou seja, afastou a hierarquia suprallegal dos tratados no momento em que se consagrou vencedora a tese da paridade

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 71.154/PR. Voto do Rel. Min. Oswaldo Tribueiro. Brasília. 04.08.1971. Publicado em 25/08/1971, p. 8.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 69.873/PE. Rel. Min. Amaral Santos. Brasília. 11.11.1971. Publicado em 15/03/1972.

normativa entre leis internas e tratados internacionais, com a consequente possibilidade de uma lei interna posterior revogar um tratado internacional⁷.

§ 2º Os fundamentos da decisão do RE 80.004/SE

A paridade normativa existente entre tratados internacionais e lei federal foi amplamente debatida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 80.004 – SE⁸. Versava o citado debate sobre o conflito do Dec. 427, de 22 de janeiro de 1969 com a Convenção de Genebra de 1931⁹ - Lei Uniforme sobre Letras de Câmbios e Notas Promissórias.

O primeiro voto foi proferido pelo Min. Xavier de Albuquerque, que citando as lições de Haroldo Valadão e Rubens Requião, reconheceu a impossibilidade de lei ordinária revogar um tratado internacional, corroborando a tese da hierarquia suprallegal dos ditos tratados.

O segundo voto foi do Min. Cunha Peixoto, que inicialmente ventilou a corrente monista, defendida por Kelsen, e a dualista, defendida por Triepel, para após larga fundamentação, baseada nas lições de Amílcar de Castro e na doutrina italiana, defender a paridade normativa entre os tratados e a lei, bem como a possibilidade de um tratado internacional ser revogado por uma lei, não havendo primazia do direito internacional sobre o direito interno.

O terceiro voto foi dado pelo Min. Cordeiro Guerra, que também se manifestou no sentido de que os tratados internacionais entram em vigor no ordenamento jurídico estatal após o procedimento constitucional de internalização. Sustentou o citado Ministro, adotando a tese do dualismo moderado e com base nos ensinamentos de Francisco Campos, Triepel e Anzilotti, que há paridade entre os tratados internacionais e a legislação estatal, não havendo qualquer primazia do direito internacional sobre o direito interno, podendo, inclusive, uma lei revogar um tratado internacional. Defendeu, ainda, o citado Ministro que em havendo

7 “A conclusão que chegou o STF no julgamento citado foi a de que dentro do sistema jurídico brasileiro, em que tratados e convenções (repita-se: comuns) guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais, permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 337.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004/SE. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Brasília. 1.06.1977. Publicado em 19/05/1978.

9 Aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto legislativo n. 54, de 8 de setembro de 1964 e promulgada pelo Decreto n. 57.595, de 07 de janeiro de 1966.

conflito entre normas emanadas do direito interno e as provenientes da ordem internacional, resolver-se-á a antinomia através do critério cronológico, cabendo apenas a responsabilidade internacional do Estado em virtude do descumprimento de uma tratativa. Dessa forma, não aceita a tese de que somente a denúncia seria o instrumento eficaz para revogar um tratado internacional.

O Min. Leitão de Abreu ofereceu voto-vista, em que examinando o aspecto da revogabilidade ou não de um tratado internacional pela lei nacional com ele incompatível, declarou inicialmente seguir a tese da internalização dos tratados internacionais independentemente de lei em sentido formal, conforme defendido pelo Min. Oswaldo Trigueiro. Reconhecendo a lacuna constitucional quanto à hierarquia dos tratados internacionais, bem como a não positividade no texto da Constituição de meios de solução de antinomias entre direito interno e tratados internacionais, asseverou o Ministro que tratado e lei se situam abaixo da Constituição, mas que isso não significa que possuem o mesmo valor hierárquico, que não há norma constitucional permitindo a suplantação de tratado por uma lei posterior e que uma lei não revoga um tratado, sendo a denúncia o único meio válido de revogar um tratado. Invocando a doutrina kelseniana, preceituou o Ministro em tela que os Tribunais podem afastar a aplicação de uma lei em caso de violação a tratado internacional. Porém, tal regra não é aplicada no direito pátrio pela ausência de previsão constitucional. Desse modo, são os Tribunais obrigados a aplicar a lei interna, mesmo em havendo violação as normas do Direito Internacional. Isso não enseja que uma lei nacional revoga um tratado, ela apenas afasta a sua aplicação. Caso a lei que afasta a aplicação de um tratado seja revogada, volta o tratado a ter total aplicabilidade.

O Min. Rodrigues Alckmin, analisando a Constituição francesa de 1958 e a Constituição alemã de 1949, constatou a supremacia dos tratados internacionais em relação à lei (hierarquia supralegal). Já com relação à Constituição brasileira, destaca que não existe dispositivo que reze a superioridade dos tratados em relação à lei, mas apenas regras que permitem a aplicação dos tratados pelo direito interno, desde que aprovados e promulgados. Diante do exposto, defendeu que no conflito entre tratado anterior e lei posterior, prevalecerá a lei.

Os Ministros Antônio Neder e Eloy da Rocha, diferente dos Ministros anteriormente citados, afirmaram que a problemática não reside no campo das relações do direito interno com o Direito Internacional. Em suma, defenderam que não há qualquer incompatibilidade entre a Convenção de Genebra e o Decreto n. 427/69.

O Min. Carlos Thompson Flores, divergindo do Min. Antônio Neder e reconhecendo a antinomia entre o anteriormente citado decreto e a Convenção também referida, manteve o entendimento anteriormente consagrado no RE 71.154/PR, no sentido de que as disposições de tratados internacionais incorporaram-se ao direito interno após a aprovação e promulgação, bem como que há paridade normativa entre lei e tratado.

Diante da análise individual dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal aos idos de 1977, observa-se que de forma majoritária e vencido o Rel. Min. Xavier de Albuquerque, foi adotada a tese da paridade normativa dos tratados com a lei ordinária, a confirmação de que os ditos tratados, após o procedimento de internalização (aprovação e promulgação) são aplicáveis no direito interno e, por fim, que um tratado internacional pode ser revogado por uma lei interna posterior que lhe seja contrária.

Observa-se um retrocesso¹⁰ na aplicação e efetividade dos tratados internacionais em nosso ordenamento jurídico. Na primeira metade do século XX, entendia o Supremo Tribunal Federal, conforme fora exposto, que os tratados internacionais eram incorporados ao direito estatal com valor supralegal, portanto, apesar de infraconstitucional, acima da legislação ordinária, não podendo, dessa forma, uma lei revogar um tratado internacional, comum ou de direitos humanos, dada a superioridade hierárquico-normativa das fontes do Direito Internacional.

Pouco mais de dez anos após a adoção da tese da paridade normativa entre tratados internacionais e leis internas, rompe-se a ordem constitucional que embasou a decisão proferida no comentado RE 80.004/SE com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A mais nova Constituição brasileira fez com que o debate acerca da hierarquia dos tratados internacionais fosse reacendido, como se verá nas linhas que se seguem.

Seção 2 – A nova ordem constitucional e as decisões do STF acerca do status legal dos tratados internacionais

A nova ordem constitucional trouxe elementos e argumentos para a intensa batalha travada entre constitucionalistas e internacionalistas acerca da hie-

10 “O posicionamento do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, frise-se, veio modificar o seu anterior ponto de vista que apregoava o primado do Direito Internacional frente ao ordenamento doméstico brasileiro. De forma que estamos diante de um verdadeiro retrocesso no que diz respeito à matéria”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 336.

rarquia dos tratados internacionais, notadamente os que se referem à proteção dos direitos humanos no nosso ordenamento jurídico.

Do ponto de vista doutrinário, importantes debates científicos são travados acerca da hierarquia dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos em nosso sistema jurídico. Vale destacar que nos referimos aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados após a Constituição Federal de 1988 e antes da E.C. nº 45/2004.

Alguns autores, capitaneados por Celso Albuquerque Mello¹¹, defendem a hierarquia supraconstitucional dos citados tratados. Divergindo dessa tese mais avançada, Piovesan¹² e outros defendem a hierarquia constitucional. Há aqueles que se posicionam no sentido da supralegalidade, corrente defendida atualmente pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes¹³. Por fim, ainda há os que insistem na hierarquia legal dos tratados internacionais, mesmo os de direitos humanos, como é o caso de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹⁴.

Mudando de visão, partindo da análise de julgados dos Tribunais Superiores brasileiros, verifica-se que mesmo após a Constituição Federal de 1998, continuou-se a adotar a tese da paridade normativa entre leis internas e tratados internacionais, mesmo os de direitos humanos. Somente após o voto do Min. Gilmar Mendes do RE 466.343-1/SP foi que o STF retornou a adotar o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos, conforme decisões da primeira metade do séc. XX, tem primazia sobre a legislação ordinária, mesmo estando abaixo da Constituição, ou seja, são supraleais.

O reconhecimento da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da E.C. 45/2004 não foi unânime no Pretório Excelso. O Min. Celso de Mello, que antes se manifestou no sentido da hierarquia legal dos ditos tratados, agora muda completamente o seu entendimento e reconhece a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, com base no art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988.

Diante das mudanças de paradigma observadas nas decisões do Supremo Tribunal Federal no que toca a hierarquia dos tratados internacionais de direitos

11 MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20.

12 *Op. cit.*, p. 83.

13 Voto-vogal no RE 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03/12/2008, p. 21.

14 *Ob. cit.*, p. 44-50.

humanos, torna-se necessária uma análise das decisões que mantiveram o entendimento da paridade normativa entre leis internas e os ditos tratados.

Elaboradas as necessárias críticas a manutenção da paridade normativa após a Constituição Federal de 1988, torna-se imperiosa a investigação da divergência de teses no STF no julgamento do já referido RE 466.343-1/SP. O citado julgamento é de grande relevo, pois rompe com o *status* legal dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados sem o novel rito da E.C. 45/2004 e consagra vencedora a tese da supralegalidade dos ditos tratados, em detrimento da que reconhece o nível constitucional dos mesmos.

Após fundamentarmos a insuficiência da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, resta-nos a defesa de sua hierarquia constitucional, com base no art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988.

Nessa seção também será abordada a tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, mesmo ela sendo minoritária no direito brasileiro e repudiada pela jurisprudência do STF¹⁵, observa-se que esse entendimento vem adquirindo grande relevância entre internacionalistas latinoamericanos¹⁶, com fundamento nas chamadas normas *jus cogens*.

Ao final de toda discussão doutrinária e jurisprudencial, esperamos oferecer nossa contribuição para a efetiva aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos na jurisdição interna brasileira.

§ 1º A manutenção do velho paradigma da hierarquia infraconstitucional

Com o movimento de redemocratização vivenciado pelo Brasil que culminou com a crise e queda da ditadura militar, a Assembleia Nacional Constituinte aprovou a Constituição Federal de 1988. Com a larga ênfase dada aos direitos fundamentais pelo legislador constituinte originário no processo de engenharia constitucional, esperava-se que a polêmica sobre a hierarquia dos tratados internacionais fosse dirimida pela dogmática constitucional. Infelizmente tal fato não ocorreu. Continuou o texto da Lei Maior não versando explicitamente sobre o valor das fontes do Direito Internacional no âmbito interno.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 109.173-8/SP. Rel. Min. Carlos Madeira. Brasília. 27.02.1987. Publicado em 27/03/1987.

16 Cf. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ob. cit.*, p. 175-176.

Sob os mandamentos da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal confirmou a tese da paridade normativa entre as fontes do Direito Internacional e a lei estatal no julgamento do HC nº 72.131-1/RJ¹⁷, mesmo no caso de tratados internacionais que versam sobre a temática dos direitos humanos, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica. O questionamento levado a nossa Corte Maior versava sobre a impossibilidade da prisão civil por dívida no caso do depositário infiel após a internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em virtude da relevância do referido julgado, necessário se faz uma análise de seus votos, a fim de que se possam compreender os argumentos utilizados para fundamentar a hierarquia legal dos tratados internacionais, mesmo os de direitos humanos.

Consta do relatório do citado *Habeas Corpus* que o Paciente teria firmado contrato de alienação fiduciária em garantia para aquisição de um veículo automotor. Com o inadimplemento de algumas parcelas e após o processo judicial, fora-lhe decretada prisão civil. Apesar de manifestar-se no sentido de não haver hipótese de cabimento da prisão civil no caso em tela, a Procuradoria Geral da República emitiu parecer no sentido da compatibilidade da prisão civil do depositário infiel com a Constituição Federal de 1988.

O primeiro voto foi emitido pelo Min. Marco Aurélio. Nele foram trazidos, inicialmente, balizamentos acerca do contrato de depósito, nos termos do art. 1.265 do Código Civil de 1916, a definição do contrato de alienação fiduciária, bem como a demonstração de que com base no Decreto-Lei 911/69¹⁸ é possível converter a Ação de Busca em Apreensão em Ação de Depósito. Após essas considerações, passou-se a defender que a hipótese de alienação fiduciária em garantia não se encaixa na ressalva constitucional que permite a prisão civil por dívida, sendo a citada constrição da liberdade cabível apenas no caso de descumprimento de Contrato de Depósito, não se podendo falar em interpretação extensiva das hipóteses de cabimento da prisão civil previstas no texto constitucional.

Mesmo recorrendo acerca da impossibilidade de prisão civil no caso de Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia, o citado Ministro defendeu a tese de que o Decreto-Lei 911/69 não subsiste no ordenamento jurídico estatal em face

17 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 72.131-1/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29/11/1995. Publicado em 01/08/2003.

18 Decretado no período em que o Brasil viveu um rompimento da ordem constitucional. Observa-se que o Decreto-Lei é assinado pelos três membros da junta militar que assumiram o poder.

da incorporação, sem reservas, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A dita Convenção, expressamente em seu art. 7, VII, veda a prisão civil por dívida, salvo no caso do inadimplemento de pensão alimentícia. Conferindo *status* legal a citada Convenção, encontra-se derogado o Decreto-Lei 911/69, na visão do Min. Marco Aurélio.

De autoria do Min. Moreira Alves, no segundo voto foi destacado o cabimento da prisão civil no caso do depositário infiel, nos termos do Código Civil de 1916, bem como o cabimento da ressalva a vedação constitucional da prisão civil mesmo no caso de contrato de depósito em garantia, uma vez que a Constituição não fez a distinção entre depósito convencional e depósito legal. Divergindo do relator, julgou constitucional a prisão civil por dívida no caso de depositário infiel, mesmo nos contratos de alienação fiduciária em garantia.

Quanto à derrogação da hipótese de prisão civil por dívida do depositário, independente da modalidade de depósito, defendeu o Min. Moreira Alves a impossibilidade de tratado internacional alterar o texto constitucional, vez que as normas emanadas do Direito Internacional possuem apenas hierarquia legal, não podendo restringir o alcance das exceções constitucionais de cabimento da prisão civil por dívida, bem como a impossibilidade da citada Convenção revogar o Decreto-Lei 911/60, em face do caráter especial do mesmo com relação à alienação fiduciária em garantia, aplicando-se a regra da especialidade em caso de conflito normativo.

Por fim, fundamenta o cabimento da prisão civil por dívida na hipótese ventilada com base no próprio Pacto de San José da Costa Rica, que prevê em seu art. 7, II, “que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”. Os Ministros Octávio Gallotti, Ilmar Galvão, Sidney Sanches, Maurício Correia e Néri da Silveira seguiram o mesmo entendimento do Min. Moreira Alves.

O Min. Francisco Rezek, conhecido internacionalista, acompanhou o voto do relator, Min. Marco Aurélio, defendendo a não evidencia de conflito entre a restrição do Pacto de São José da Costa Rica e o descrito no art. 5º, inc. LXVII da Constituição Federal, vez que não há qualquer indício no texto constitucional de obrigatoriedade da prisão do depositário infiel, mas sim uma mera autorização. Para o Ministro em tela, o permissivo constitucional não abrange o cabimento da prisão civil por dívida do depositário infiel em caso de alienação fiduciária em garantia.

Para o Min. Carlos Velloso, a hipótese de prisão civil por dívida no caso do depositário infiel, independentemente da modalidade de depósito, encontra-se revogada pelo Pacto de São José da Costa Rica, com base na regra *lex posterior derogat priori*. Ainda defendeu o citado Ministro que o anteriormente citado pacto é norma fundamental material em patamar igual aos demais direitos previstos no texto da Constituição. Destacou que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com os ditames constitucionais, principalmente no que tange a dignidade da pessoa humana e não o contrário.

Reconhecendo a hierarquia infraconstitucional e legal dos tratados internacionais de direitos humanos, o Min. Celso de Mello defendeu, em atenção ao princípio da supremacia constitucional, a clara possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados internacionais. Nota-se que o Ministro em comento não corroborou, no presente julgado, com a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais, com base do disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, nem com a primazia dos mesmos sobre a legislação ordinária, ou seja, o caráter supralegal. Diante do exposto, considerou que o Decreto-Lei 911/60 foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

O Min. Sepúlveda Pertence, inicialmente afirmando que o legislador ordinário não pode ampliar as exceções previstas constitucionalmente ao direito de liberdade, defendeu a inconstitucionalidade da prisão do alienante fiduciário.

Da análise do HC 72.131-1/RJ, verifica-se que, por maioria, o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a prisão civil por dívida do depositário infiel em caso de alienação fiduciária em garantia, que o Decreto-Lei 911/69 foi recepcionado pela nova ordem constitucional, que os tratados internacionais, mesmo os que tratam de direitos humanos, ao preceituarem normas gerais não prevalecem sobre as normas especiais previstas na legislação interna, ainda que posteriores, e, por fim, que os tratados internacionais possuem paridade normativa com a legislação ordinária, confirmando o que fora decidido no comentado RE 80.004/SE.

Infelizmente, mesmo com a nova ordem constitucional instaurada pela Constituição Federal de 1988, fundamentada no manto da dignidade da pessoa humana, os tratados internacionais, inclusive os que versam sobre direitos humanos (materialmente constitucionais), conforme visto no julgado acima, continuam com valor hierárquico idêntico ao da legislação ordinária, segundo o entendimento firmado pela Excelsa Corte.

Ainda na década de 90, destacam-se inúmeras outras decisões do Pretório Excelso que abordaram o conflito entre o direito interno e o direito internacional, a paridade normativa entre leis e tratados internacionais e a possibilidade da prisão civil por dívida no caso do depositário infiel.

No HC nº 71.097-2/PR, julgado em 13 de fevereiro de 1996 e tendo como relator o Min. Sydney Sanches, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de decretação da prisão civil do depositário infiel em caso de celebração do contrato de penhor mercantil¹⁹.

No HC nº 72.183-4/SP, julgado em 23 de fevereiro de 1996 e tendo como relator o Min. Marco Aurélio, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, enfocando o valor dos precedentes e contrariando a opinião do relator, decidiu pelo cabimento da prisão civil do depositário infiel em caso contrato de alienação fiduciária²⁰.

No HC nº 73.044-2/SP, julgado em 19 de março de 1996 e tendo como relator o Min. Maurício Corrêa, novamente a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, decidiu pela constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em caso de alienação fiduciária, afastando a aplicação do disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sob a alegação de que a dita Convenção não pode sobrepor-se a Constituição Federal em virtude do princípio da soberania nacional²¹.

Apesar da questão não se referir a prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal, através de seu Tribunal Pleno, no julgamento do Pedido de Extradicação nº 662-2 – República do Peru – ocorrido em 28 de novembro de 1996 e tendo como relator o Min. Celso de Mello, decidiu, mais uma vez, que há paridade normativa entre leis ordinárias e tratados internacionais, bem como que o único

19 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 71.097-2/PR. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 13/02/1996. Publicado em 29/03/1996.

20 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 72.183-4/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23/02/1996. Publicado em 22/11/1996.

21 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 73.044-2/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 19/03/1996. Publicado em 20/09/1996. No mesmo sentido: HC nº 75.687-5/PR. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 10/03/1998. Publicado em 20/04/2001. RE nº 206.482-3/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 27/05/1998. Publicado em 05/09/2003. HC nº 76.561-3/PR. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 27/05/1998. Publicado em 02/02/2001. HC nº 77.053-1/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 23/06/1998. Publicado em 04/09/2001.

caso de um tratado prevalecer sobre uma lei antinômica é no caso de aplicação do critério cronológico ou quando cabível a aplicação do critério da especialidade²².

Outra importante decisão do Supremo Tribunal Federal, dessa vez em sede de controle abstrato de constitucionalidade, foi proferida na ADI 1.480-3/DF. Nela discutiu-se a compatibilidade vertical da Convenção nº 158 da OIT com a Constituição Federal de 1988. Sem adentrar no mérito da decisão e destacando apenas o que tange a hierarquia dos tratados, o Pretório Excelso, mais uma vez, decidiu pela a subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição Federal, possibilidade de controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro, paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno, e, por fim, pela primeira vez após o advento da nova ordem constitucional, vedação de tratados internacionais versarem sobre matérias de domínio exclusivo das leis complementares²³.

Ainda consagrando o entendimento da paridade normativa entre a legislação ordinária e os tratados internacionais, o Pleno do Supremo Tribunal federal, no julgamento do HC nº 79.785-7/RJ²⁴, decidiu por maioria que o princípio do duplo grau de jurisdição não possui foro constitucional, mesmo após a internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos. Mais uma vez a Corte Excelsa afastou a aplicabilidade de cláusulas convencionais antinômicas, em virtude da prevalência da Constituição Federal.

Há três pontos que merecem ser destacados do julgamento acima citado. Primeiro, o Min. Sepúlveda Pertence reconheceu a hierarquia infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, entendimento divergente da simples paridade normativa. Segundo, o Min. Moreira Alves entendeu que o § 2º do art. 5º da CF/88 constitucionalizou todos os tratados internacionais de direitos humanos anteriores ao advento da nova ordem constitucional. Por fim, terceiro, o Min. Carlos Velloso, conferiu a interpretação que será defendida posteriormente, no sentido de que em virtude da cláusula de recepção prevista no art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, a Convenção Americana de Direitos

22 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradicação nº 662-2 – República do Peru. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 28/11/1996. Publicado em 30/05/1997.

23 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 1.480-3/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04/09/1997. Publicado em 18/05/2001.

24 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 79.785-7/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 29/03/2000. Publicado em 22/11/2002.

Humanos foi internalizada com *status* constitucional, portanto, o duplo grau de jurisdição seria caracterizado como direito fundamental.

No que concerne à solução de conflito entre tratado internacional e lei ordinária com aplicação dos critérios da especialidade e cronológico, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 79.870-5/SP, reconheceu novamente a paridade normativa, a prevalência da Constituição frente às normas emanadas do Direito Internacional e que o Pacto de São José da Costa Rica, dado seu caráter de norma geral, não derogou as normas especiais que disciplinam a prisão civil por dívida do depositário infiel.

O que merece realmente ser destacado na referida decisão, é que para a Corte Maior, a vedação a prisão civil por dívida no caso do depositário infiel prevista no art. 7º, item 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mesmo sendo dispositivo de caráter legal posterior ao Decreto-Lei nº 911/69, não o revogou tacitamente, visto que essa interpretação seria inconstitucional, dada a legislação infraconstitucional não poder afastar exceções impostas diretamente pela Constituição²⁵.

Elencadas as principais decisões do Supremo Tribunal Federal anteriores e posteriores a Constituição Federal de 1988, passa-se a contestação dos fundamentos que embasaram a paridade normativa entre tratados internacionais e a legislação ordinária.

A) Hierarquia legal e a infeliz confirmação da paridade normativa

Diversos são os fundamentos destacados pelo Supremo Tribunal Federal para a confirmação da tese da paridade normativa entre leis e tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos (até o julgamento do RE 466.343/SP), no ordenamento jurídico pátrio, mesmo após a redemocratização do país e do advento da Constituição Federal de 1998, conforme restou comprovado pelas decisões brevemente comentadas.

Dentre os principais argumentos trazidos pelo STF para justificar a paridade normativa entre leis e tratados internacionais, pode-se citar: a) o Brasil não adotou o monismo com primazia do direito internacional; b) o conflito entre leis

25 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 79.870-5/SP. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 16/05/2000. Publicado em 20/10/2000. No mesmo sentido: RE nº 253.071-9/GO. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 29/05/2001. Publicado em 29/06/2001. HC nº 81.319-4/GO. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 24/04/2002. Publicado em 19/08/2005.

e tratados internacionais é solucionado pelos critérios cronológico²⁶ (*later in time; lex posterior derogat priori*) e da especialidade; c) ausência de previsão constitucional hierarquizando os tratados internacionais; d) a supremacia constitucional²⁷ e consequente possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, nos termos do art. 102, III, 'b' da Constituição Federal de 1988; e) o processo de incorporação dos tratados internacionais ser bastante semelhante ao de elaboração das leis, inclusive no que diz respeito ao *quorum* de aprovação²⁸; e, g) a soberania nacional.

Do ponto de vista doutrinário, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins sustentam, em síntese, que a hierarquia legal dos tratados internacionais decorre, dentre outros fundamentos, da possibilidade do “Guardião da Constituição” controlar a sua constitucionalidade, conforme preceitua o art. 102, III, 'b' da CF/88; do Superior Tribunal de Justiça resolver mediante recurso especial problemas inerentes à aplicação dos tratados; e, em virtude da aprovação com mera maioria simples dos membros de cada Casa do Congresso Nacional²⁹.

Expostos os argumentos defendidos pelo Supremo Tribunal Federal (nos julgados em que adotou a tese da paridade normativa entre leis e tratados) e por uma parte da doutrina pátria, necessário se faz um breve exame dos fundamentos contrários à hierarquia legal dos tratados internacionais.

A primeira crítica a ser elencada consiste na impossibilidade de lei interna revogar tratado internacional, seja ele comum ou de direitos humanos. Como já foi dito anteriormente, os Estados somente desvinculam das obrigações pactuadas em um tratado internacional após a denúncia do mesmo. Isso ocorre em virtude da natureza contratual dos tratados internacionais, o que resulta de um envolvimento de outros atores que não estão subordinados a soberania estatal³⁰.

26 Cf. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004, p. 43.

27 Cf. REZEK, Francisco. *Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004, p. 142.

28 DALLARI, Pedro B. A. *Ob. cit.*, p. 111.

29 *Ob. cit.*, p. 44 – 50. No mesmo sentido: RODRIGUES, Maurício Andreiuiolo. *Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição*. In.: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 193. Igualmente: RAMOS, Elival da Silva. *Ob. cit.*, p. 180.

30 Cf. DALLARI, Pedro B. A. *Ob. cit.*, p. 110.

Caso um Estado edite normas internas contrárias ao pactuado no cenário internacional, haverá um total esvaziamento das tratativas³¹. Dessa forma, ao aprovar um tratado internacional, todos os órgãos do Estado, inclusive o Parlamento, comprometem-se a cumprir as obrigações estipuladas³². Como forma de adaptar-se aos compromissos assumidos, o Legislativo passa a abster-se (obrigação negativa) de legislar em sentido contrário as normas emanadas do Direito Internacional³³.

Se o Estado descumprir a obrigação negativa imposta de não legislar em sentido contrário ao que fora pactuado em tratado internacional, poderá ser responsabilizado internacionalmente. Parece ser bastante ilógico o argumento de que não haveria problema em o Brasil aprovar uma lei antinômica a um tratado internacional, pois nesse caso, ser-lhe-ia imputada à prática de um ilícito internacional. Portanto, a tese da paridade normativa e a consequente possibilidade de revogação de um tratado internacional por lei interna viola os compromissos internacionais assumidos, acarreta a responsabilidade internacional e pode gerar consequências não tão boas no cenário político internacional.

É dever de todos os sujeitos do Direito Internacional cumprirem as obrigações contratadas no cenário internacional com base no princípio da boa-fé. Quando o Estado aprova uma lei contraria a um tratado, revogando-o, viola o referido princípio, bem como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969³⁴ e a Convenção de Havana de 1928, nos termos do art. 27 e 10, respectivamente.

Em virtude das regras acima expostas, do princípio da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, o Estado brasileiro, ainda que a Ordem Constitucional seja alterada por novo Poder Constituinte Originário, tem a obrigação de respeitar os tratados internacionais³⁵, notadamente os de Direitos Humanos, conforme preceitua o art. 11 da Convenção de Havana de 1928.

Quanto à ausência de norma constitucional regrado a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico como

31 Cf. BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. *Mercosul e direitos humanos no quadro do conflito entre a Constituição brasileira e os tratados internacionais*. Estudos Constitucionais, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 8, n. 1, 2010, p. 362.

32 REZEK, Francisco. *Ob. cit.*, p. 143.

33 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, 2010, p. 338. No mesmo sentido é a lição da Min. Carmem Lúcia. *Ob. cit.*, p. 291.

34 PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 133.

35 GURGEL, Yara Maria Pereira. *Ob. cit.*, p. 142.

justificativa para a paridade normativa entre lei e tratado, é tese que também não merece prosperar.

Os tratados internacionais de direitos humanos encontram um dispositivo na Constituição Federal de 1988 que embasa o seu *status* constitucional, mesmo antes da EC 45/04. Trata-se do já citado § 2º do art. 5º. Conforme afirma Ana Paula Barbosa-Fohrmann, aos conflitos entre lei e tratados internacionais de direitos humanos não se aplica a tese da paridade normativa, vez que a Carta Maior lhes assegurou privilégio hierárquico de norma constitucional. Esse tratamento discrepante justifica-se pela relevância dos direitos humanos no ordenamento jurídico, bem como em razão dos ditos tratados terem por finalidade o estabelecimento proteger os direitos humanos e não as prerrogativas do Estado³⁶.

Aos que não entendem pela hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, resta, em virtude do inegável reconhecimento da importância de tais direitos, a defesa da hierarquia supralegal dos referidos tratados³⁷. Mesmo nesse caso, não há que se falar na possibilidade de uma lei revogar um tratado internacional, pois eles se encontram acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição³⁸.

Quanto ao argumento da possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, baseado no art. 102, III, 'b' da Constituição Federal de 1998, vale ressaltar que em reconhecendo a hierarquia constitucional desses tratados, eles só podem ser declarados inconstitucionais quando violarem o núcleo duro da Constituição. Caso contrário, em sendo mais favorável a proteção dos Direitos Humanos, complementarará o catálogo de direitos fundamentais.

A velha máxima da soberania nacional como justificativa para a teoria da paridade normativa entre lei e tratado não merece prosperar. Como já foi estudado, a soberania encontra-se relativizada pela própria vontade do Estado, manifestada quando da celebração de um tratado internacional.

36 *Ob. cit.*, p. 363.

37 “Assim, em nosso entender, os tratados internacionais *comuns* ratificados pelo Brasil situam-se em um nível hierárquico *intermediário*: estão abaixo da Constituição mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior, posto não se encontrarem em situação de *paridade normativa* com as demais leis nacionais”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 39 n. 154 abr./jun. 2002, p. 26.

38 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ob. cit.*, p. 291.

Diante das contra-argumentações trazidas, há que se reconhecer que o Supremo Tribunal Federal, ao conferir paridade normativa entre leis e tratados internacionais, inclusive os de Direitos Humanos, minimizou o seu papel de auxiliar na construção de uma ordem social que privilegie os Direitos Humanos e assegure o ‘Estado Democrático de Direito’ em nosso país. Este papel vai além da decisão de casos particulares, mas passa pela alteração de toda uma cultura (jurídica e social); alteração esta que está na base do respeito à dignidade humana propugnados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos³⁹.

Em virtude do exposto, é de dever de todo ser juridicamente pensante, daqueles que vivem o Direito, como os Magistrados e, principalmente, os Professores dos muitos Cursos de Direito espalhados pelo Brasil, dar o devido respeito à proteção dos Direitos Humanos e as normas emanadas do ramo especializado do Direito Internacional que a disciplina, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Somente com a formação de profissionais do Direito que entendam a inserção do Brasil no cenário internacional e o rompimento das fronteiras estatais é que se poderá dar o devido valor aos tratados internacionais de direitos humanos.

Com todo respeito às opiniões contrárias que foram apresentadas e ao entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado nos vários julgados comentados, penso que os tratados internacionais comuns devem ser considerados com hierarquia supralegal⁴⁰, e os que versam sobre Direitos Humanos tem que ser elevados à categoria de normas constitucionais.

No que toca aos tratados internacionais de direitos humanos, ao menos uma alteração na posição do STF pode ser observada. No julgamento conjunto dos RE 466.343/SP, RE 349.703/RS e do HC 87.585/TO, nossa Corte Maior, após longos debates e larga divergência, altera totalmente o seu entendimento acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da EC 45/2004, portanto, sem o novo rito específico do § 3º do art. 5º da CF/88.

Trata-se de um verdadeiro *overruling*⁴¹, pois os citados tratados passaram a ser reconhecidos com caráter infraconstitucional e supralegal, rompendo-se com o anterior entendimento da paridade normativa.

39 AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *Ob. cit.*, p. 49.

40 Infelizmente, com relação aos tratados internacionais comuns, a Corte Excelsa continua a adotar a tese a paridade normativa, mesmo após a ratificação da Convenção de Viena de 1969.

41 Técnica de superação de precedentes, muito utilizada no direito norte-americano.

Não se pode pensar que o Supremo Tribunal Federal deu um largo passo no reconhecimento da importância do Direito Internacional dos Direitos Humanos na contemporaneidade. Diferente de alguns que sustentam que o Supremo fez uma verdadeira revolução na pirâmide das normas jurídicas, pensamos que os Ministros da Alta Corte poderiam ter ido bem mais longe.

Com a adoção da tese da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ocorreu apenas um retorno ao passado, a 1914, ao início do século XX, pois, conforme fora demonstrado, esse foi o entendimento que predominou por longos anos no STF.

Num tempo em que as relações internacionais não eram tão dinâmicas quanto hoje, em que não havia as facilidades decorrentes da revolução tecnológica, em que a sociedade não pensava globalmente, os tratados internacionais, sejam comuns ou de direitos humanos, tinham valor acima das leis. Hodiernamente, o STF só voltou a adotar um posicionamento que deveria ter sido mantido para os tratados comuns⁴² e ignora o real valor constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

§ 2º A divergência de entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 466.343/SP

No início do século XX, em 1914, o Supremo Tribunal Federal adotava a hierarquia supralegal dos tratados internacionais, sejam eles comuns ou de direitos humanos, conforme se depreende do Pedido de Extradicação nº 07/1913.

Em 1977, a Alta Corte rompeu com o entendimento que privilegiava as fontes do Direito Internacional em nosso ordenamento jurídico ao atribuir paridade normativa entre leis e tratados, independentemente da natureza dos mesmos, como restou exposto da análise do RE 80.004/SE.

Com a redemocratização do Estado brasileiro e o advento da nova ordem constitucional, apesar dos novos fundamentos, princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito, o Pretório Excelso manteve a paridade normativa entre leis e tratados internacionais, mesmo os de direitos humanos, de acordo as várias

42 “O *telos* dos tratados internacionais de direitos humanos também é, em tudo, diverso dos chamados tratados comuns, uma vez que não visam a salvaguarda dos direitos dos Estados em suas relações recíprocas, mas a proteção dos direitos das pessoas pertencentes aos seus Estados-partes”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

decisões que já foram comentadas, dentre elas, cabe destacar o HC 72.131/RJ, julgado em 1995.

Apesar de alguns votos (vencidos) tendentes a afastar a hierarquia legal dos tratados internacionais de direitos humanos terem sido proferidos pelos Min. Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, somente a partir de 22 de novembro de 2006, com o voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no RE 349.703/RS é que teve início a mudança de interpretação do Supremo Tribunal Federal no que toca ao rompimento com a tese da paridade normativa e aceitação, novamente, da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos (incorporados antes da EC 45/04).

Inicialmente, convém ressaltar que a *vexata quaestio* foi levada ao Supremo Tribunal Federal através de controle concreto de constitucionalidade, ou seja, pela via difusa. Trata-se de julgamento conjunto dos RREE nºs 349.703-1/RS e 466.343-1/SP e do HC nº 87.566-9/SP, cujo principal objeto de discussão foi o cabimento da prisão civil por dívida do depositário infiel, após a internalização do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No RE 349.703-1/RS⁴³ a problemática consistiu em determinar se havia ou não base legal para a prisão civil do depositário infiel, em face de expressa vedação a tal situação, contida no art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no art. 7, 7, do Pacto de São José da Costa Rica, bem como se o Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia poderia ser equiparado ao Contrato de Depósito para fins de aplicação da exceção constitucional que permite a prisão civil do depositário infiel, nos termos do Decreto-Lei 911/69, do art. 1.287 do Código Civil de 1916 e do art. 652 do novo Código Civil.

Ao proferir o primeiro voto, o Min. Ilmar Galvão defendeu anterior posicionamento do Corte Suprema, no sentido de que uma norma infraconstitucional não poderia vir a afastar a exceção constitucional da prisão civil por dívida do depositário infiel. Portanto, para o referido Ministro, a prisão civil do devedor-fiduciante seria constitucional. Esse entendimento foi seguido pelos Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches⁴⁴.

43 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 349.703-1/RS. Relator Originário: Min. Carlos Brito. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 03/12/2008. Publicado em 05/06/2009.

44 Apesar da proficiência dos Ministros citados anteriormente, seus votos em nada acrescentaram a solução do problema e ao avanço da temática. Não se pode dizer o mesmo do voto-vista trazido pelo

O Min. Gilmar Mendes, além de abordar a questão da não-recepção do Decreto-Lei 911/69 pela Constituição Federal de 1988 e da impossibilidade de equiparar o Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia ao de Depósito para fins de possível aplicação da prisão civil por dívida, ainda colocou em pauta a problemática da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a dos incorporados após a Constituição Federal de 1988 (a grande maioria) e antes da E.C 45/2004, como é o caso, *v.g.*, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Após longos comentários acerca das diversas teses colhidas na doutrina pátria e estrangeira, o citado Ministro defendeu a hierarquia infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos na situação acima descrita. Fundamentou seu posicionamento no caráter especial dos ditos tratados, na impossibilidade de conferir hierarquia constitucional aos mesmos, em face da supremacia constitucional⁴⁵, da não aprovação com o *quorum* previsto para as Emendas Constitucionais e da segurança jurídica, bem como deixou claro o equívoco que seria permanecer com a adoção da paridade normativa entre os tratados que versam sobre direitos humanos e a legislação ordinária.

Para Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal tem que rever seu anterior posicionamento, para reconhecer a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com novel rito do § 3º do art. 5º da Constituição, assim como o efeito paralisante da eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ele conflitante. Dessa forma, adotando-se o caráter supralegal e infraconstitucional dos referidos tratados, não ocorreria uma revogação da previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel pelos atos internacionais citados, mas sim a não aplicação da legislação ordinária que rege a matéria. Outra consequência advinda do *status* supralegal seria a impossibilidade de uma lei posterior revogar um tratado internacional que tivesse esse caráter especial. Observa-se que com o reconhecimento da citada hierarquia não há mais que se falar em base legal para aplicação do permissivo constitucional da prisão civil por dívida do depositário infiel⁴⁶.

Min. Gilmar Mendes, que pela profundidade de seus argumentos precisa ser comentado de forma mais atenta.

45 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *A SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NO BRASIL*. *Systemas* – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas, v. 2, n. 1, 2010, p. 77.

46 “Entende-se assim que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Divergindo parcialmente do entendimento anteriormente citado, o Min. Celso de Mello, após longa fundamentação teórica sobre o tema e alterando sua própria opinião pretérita, também reconheceu que os tratados internacionais de direitos humanos não podem, em hipótese algum, serem considerados páreos com as leis ordinárias. Porém, seu fundamento é bastante diferente do utilizado pelo Min. Gilmar Mendes, pois Celso de Mello defendeu a hierarquia constitucional dos ditos tratados, com base, dentre outros motivos, na cláusula aberta de recepção de novos direitos fundamentais, prevista no § 2º do art. 5º, bem como da noção de Bloco de Constitucionalidade (*bloc de constitutionnalité*). Como consequência desse *status* constitucional, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre outros atos internacionais, passam a ingressar no citado bloco, revogando as disposições da Constituição em sentido contrário, apesar de não adentrarem no próprio texto constitucional. Vale destacar que a revogação seria incabível quando se tratasse de cláusulas pétreas.

Diante dos fundamentos trazidos pelo Min. Celso de Mello, o permissivo constitucional a prisão civil por dívida estaria revogado. Consequentemente, todas as normas infraconstitucionais que regulassem a hipótese revogada seriam consideradas inconstitucionais ou não recepcionadas. Portanto, não haveria de se falar em prisão civil por dívida, independentemente da modalidade de depósito (contratual, legal, judicial).

Diante da divergência apresentada, outros Ministros do Supremo Tribunal Federal pronunciaram-se.

O Min. Menezes Direito, em se tratando de julgamento conjunto, como já citado, optou por reproduzir o voto-vista proferido no HC 87.585/TO⁴⁷, oportunidade em que acompanhou o Min. Gilmar Mendes no que toca a suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e ao efeito paralitante das normas legais que regem a prisão civil do depositário infiel em contrato de alienação fi-

– Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *suprallegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002)”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Ob. cit.*, p. 97.

47 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 87.585-8/TO. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03/12/2008. Publicado em 26/06/2009.

duciária. Porém, defendeu o Menezes Direito a possibilidade de prisão civil do depositário infiel quando a modalidade de depósito for o judicial, nos termos da Súmula 619 do STF.

O Min. Cezar Peluso, em síntese, reconheceu que não mais subsiste a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, independentemente da modalidade de depósito, dentre outros argumentos, por ela ofender a dignidade da pessoa humana, e em virtude de a Constituição não obrigar, mas sim apenas autorizar a prisão civil. Sustentou, ainda, que não há paridade normativa entre lei e tratados internacionais de direitos humanos, mesmo não definindo o *status* hierárquico, se constitucional ou supralegal.

O RE nº 466.343/SP⁴⁸, como dito, julgado em conjunto com outros processos, também tratou na questão da prisão civil por dívida do depositário infiel na hipótese de celebração de contrato de alienação fiduciária em garantia.

O Min. Cezar Peluso, relator, manifestou-se no sentido de que não existe qualquer afinidade entre o contrato de alienação fiduciária em garantia e o de depósito. Portanto, o art. 4º do Decreto-Lei 911/69 não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do relator, bem como acolheu o entendimento do Min. Gilmar Mendes acerca da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e suas consequências. Esse também foi o sentido do voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski.

O Min. Joaquim Barbosa, enfocando a dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos e a prevalência da norma mais favorável ao indivíduo, também acompanhou o relator no sentido de que a Constituição Federal de 1988 não incluiu expressamente a alienação fiduciária em garantia entre as exceções ao princípio que veda a prisão civil por dívida. No mesmo sentido foi o voto do Min. Carlos Brito, apenas com a ressalva de admitir o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.

O Min. Marco Aurélio, de vencido em outras oportunidades, a vencedor no presente julgado, acompanhou o relator no que toca ao não cabimento da prisão civil do devedor-fiduciante.

48 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03/12/2008. Publicado em 05/06/2009.

Nos votos proferidos no HC 87.585-8/TO ficam bem nítidos os posicionamentos dos Ministros do STF no que tange a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Os Mins. Celso de Mello, Eros Grau, Cezar Peluso e Ellen Gracie, claramente adotaram a hierarquia constitucional dos ditos tratados, enquanto que os Mins. Gilmar Mendes, Carlos Brito, Cármen Lúcia, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski acolheram a suprallegalidade. Os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa optaram por não se pronunciarem acerca da hierarquia dos tratados, dada a desnecessidade para o deslinde da causa.

Diante do acima exposto, por maioria não absoluta de votos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a tese da hierarquia infraconstitucional e suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados sem o rito específico trazido pela E.C. 45/04.

O avanço do Supremo Tribunal Federal não foi somente em vedar a prisão civil do depositário infiel na hipótese de contrato de alienação fiduciária em garantia e reconhecer o caráter suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos. No HC 92.566-9/SP⁴⁹, julgado logo em seguida as decisões comentadas e cujo objeto era a constitucionalidade da prisão civil no caso de depositário considerada a cédula de crédito rural pignoratícia (contrato de penhor rural), o Pretório Excelso decidiu que os efeitos da suprallegalidade da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos alcançava todo e qualquer tipo de depósito, inclusive o depósito judicial. Dessa forma, o plenário do STF revogou, por unanimidade, o verbete de sua Súmula 619⁵⁰.

Em suma, depois de trazidos de forma breve os fundamentos de cada voto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos RREE nºs 349.703-1/RS e 466.343-1/SP e do HC nº 87.566-9/SP, bem como no HC 92.566-9/SP, fica demonstrado que se consagrou como vencedora a tese da hierarquia infraconstitucional e suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos e o consequente

49 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 92.566-9/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03/12/2008. Publicado em 05/06/2009.

50 Conforme o INFORMATIVO Nº 531 do STF: Na linha do entendimento acima sufragado, o Tribunal, por maioria, concedeu habeas corpus, impetrado em favor de depositário judicial, e averbou expressamente a revogação da Súmula 619 do STF ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito"). Vencido o Min. Menezes Direito que denegava a ordem por considerar que o depositário judicial teria outra natureza jurídica, apartada da prisão civil própria do regime dos contratos de depósitos, e que sua prisão não seria decretada com fundamento no descumprimento de uma obrigação civil, mas no desrespeito ao múnus público. HC 92566/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008.

efeito paralisante de todas as normas ordinárias, anteriores ou posteriores, que lhes sejam antinômicas. Tendo como vencida a tese que sustenta a hierarquia materialmente constitucional dos ditos tratados, com base no § 2º do art. 5º da CF/88 e na noção de Bloco de Constitucionalidade.

Consolidado o entendimento da hierarquia infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados sem o rito específico da E.C. 45/04 em diversos julgados⁵¹, o Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou na sessão plenária de 16 de dezembro de 2009⁵², após a tramitação da PSV 31, o texto da Súmula Vinculante nº 25, no sentido de que “é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Descrita de forma breve a divergência de teses no plenário do Supremo Tribunal Federal acerca do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos, necessários se faz a elaboração de uma crítica a tese da supralegalidade, bem como o enaltecimento dos fundamentos que embasam a hierarquia constitucional.

A) Críticas à posição do Min. Gilmar Mendes - A ainda insuficiente hierarquia supralegal e o retorno ao início do séc. XX

Uma breve reflexão merece ser feita sobre os fundamentos sustentados pelo Min. Gilmar Mendes para justificar o caráter infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, internalizados sem o rito específico da E.C. 45/04, para depois contra-argumentarmos com uma crítica ao novo entendimento do Supremo⁵³.

Apreciando a discussão acerca da impossibilidade de prisão civil por dívida do depositário infiel, notadamente na hipótese de celebração do contrato de alienação fiduciária em garantia, após a incorporação ao direito brasileiro do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Min. Gilmar Mendes destacou como cerne para solução da querela o

51 HC 88.240-4/SP, HC 89.634-1/SP, HC 90.450-5/MG, HC 92.817-0/RS, 94.013-7/SP, HC 94.491-4/SP, 94.523-6/SP, dentre outros.

52 Conforme o DJe nº 238, p. 1; e DOU, p. 1.

53 “[...] é necessário ponderar o louvável trabalho do Ministro em buscar atualizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, as possibilidades do texto da Constituição Brasileira possuem um alcance bem maior do que o apresentado no voto”. MALISKA, Marcos Augusto. *Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1*. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 2, jul./dez. 2008, p. 119.

estabelecimento da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica nacional.

Inicialmente, lembrou o referido Ministro que 4 (quatro) correntes “disputam” o valor dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica estatal. A primeira defende o caráter supraconstitucional, ou seja, estaria os ditos tratados acima da própria Constituição, não podendo o Estado, mesmo pela via da Constituição, romper com normas previstas em atos internacionais internalizados. A segunda sustenta o *status* constitucional dos tratados que versam sobre direitos humanos. A terceira, que viria a ser defendida majoritariamente no STF, é a da supralegalidade, em que os tratados são infraconstitucionais, porém, encontram-se um degrau acima das leis, não podendo por elas serem revogados. Por fim, a quarta e última tese insiste, ainda, na paridade normativa entre e tratados internacionais, mesmo os de direitos humanos.

Começando pelas críticas ao *status* supraconstitucional, Mendes argumentou a sua inaplicabilidade no Direito nacional, em virtude do sistema jurídico brasileiro ser regido pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição Federal. Como consequência dessa supremacia, a Constituição Federal de 1988 permite ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de efetuar o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, com base no art. 102, III, ‘b’. Dessa forma, os tratados devem sempre respeitar a Constituição.

Ponto interessante e que concordamos com Mendes é o fato do Supremo Tribunal Federal poder exercer um controle prévio de constitucionalidade dos tratados internacionais, mesmo os de direitos humanos, já que o Decreto Legislativo que aprova a internalização dos atos internacionais pode ser objeto de sindicância de constitucionalidade.

Mendes também faz veementes críticas à atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos internalizados sem o rito específico do § 3º do art. 5º da Constituição Federal. Para ele, a atribuição de paridade normativa dos ditos tratados com a Constituição esvaziaria o disposto pela E.C. 45/04. Por falar na citada Emenda, Mendes alega que ela produz efeitos proativos, não recepcionando os tratados de direitos humanos já incorporados com o *status* constitucional.

Outro argumento levantado pelo Ministro em comentário e que não pode ser sequer contestado, é o anacronismo da paridade normativa entre leis e tratados

internacionais que versam sobre direitos humanos. Com a forte tendência mundial a abertura do Estado ao sistema jurídico internacional e com o advento do Estado Constitucional Cooperativo⁵⁴, torna-se inegável o enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo. Essas novas características do Estado devem ser levadas em consideração pelo Supremo Tribunal Federal, segundo Mendes, para que seja revista à tese da paridade normativa e assegurar a prevalência dos tratados internacionais, ao menos os de direitos humanos, sobre a legislação ordinária, como ocorre em países como Alemanha, França, México e Grécia.

Mendes enfoca, ainda, que o Código Tributário Nacional, em seu art. 98 preceitua o caráter supralegal dos tratados internacionais em matéria tributária, bem como que o posicionamento do STF antes do julgamento do citado RE 80.004/SE era no sentido da suprallegalidade dos tratados.

Com base no exposto, Mendes sustenta a necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e externo. Para tanto, necessário se faz o reconhecimento do caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos e o seu consequente efeito paralisante da eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ele conflitante.

Diante do exposto, em síntese, defendeu o Min. Gilmar Mendes que o Supremo Tribunal Federal não poderia perder a oportunidade de tomar uma decisão histórica, rompendo com a paridade normativa entre leis e tratados e reconhecendo o *status* infraconstitucional e supralegal nas normas proveniente do Direito Internacional.

Apesar de superar bastante a tese da paridade normativa entre leis e tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o caráter infraconstitucional e supralegal atribuído pelo Min. Gilmar Mendes e seguido pela maioria não absoluta dos demais membros da Corte Suprema a tais atos internacionais, não fica imune a críticas.

Inicialmente, pode-se afirmar a insuficiência do *status* supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Ao atribuir tal nível hierárquico aos ditos tratados o Supremo Tribunal Federal os equiparou aos tratados internacionais em matéria tributária, já que por força do art. 98 do Código Tributário Nacional, como

54 “Estado Constitucional Cooperativo é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz”. HÄBERLE, Peter. *O Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4.

reconheceu o próprio STF, possuem hierarquia suprallegal, prevalecendo sobre toda a legislação ordinária que lhes seja antinômica, seja ela anterior ou posterior. Como equiparar normas sobre tributação as de proteção aos direitos humanos? Conferindo o mesmo *status*, o STF, na contramão da tendência atual do constitucionalismo global, equipara normas que prescrevem valores absolutamente distintos⁵⁵.

O Pretório Excelso esqueceu-se de conferir efeito útil (*effet utile*) ao art. 5º, § 2º. Esse dispositivo preceitua que os tratados internacionais de direitos humanos incorporam-se ao direito brasileiro como normas constitucionais⁵⁶, conforme será demonstrado posteriormente. Além disso, parece-nos que na dúvida entre conferir hierarquia infraconstitucional ou constitucional aos tratados que versam sobre direitos humanos, deveria o STF ter escolhido a tese que melhor se atenda ao princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto na Constituição Federal de 1988, precisamente no já comentado art. 4º, II.

O Min. Gilmar Mendes fundamenta a hierarquia infraconstitucional e suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos com base no pensamento de Peter Häberle, precisamente em seu trabalho sobre o Estado Constitucional Cooperativo. O que não se pode esquecer é que para o citado autor, o Estado Constitucional Cooperativo não conhece alternativas de uma ‘primazia’ do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; pois ele considera o observado efeito recíproco entre o Direito Internacional e a ordem constitucional interna, bem como que partes do Direito Internacional e do Direito Constitucional interno crescem juntas num todo. Assim, também não é completamente bem lograda a ideia de caracterizar tratados internacionais de direitos humanos em relação à Lei Fundamental como Direito Internacional para-constitucional. A rigor, essa Constituição paralela é parte integrante da Constituição estatal da Lei Fundamental e, portanto, não se encontra apenas ‘ao lado’ da Constituição⁵⁷. Diante do exposto, observa-se que lição de Häberle é no sentido da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

55 Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 36. A referência ao constitucionalismo global é baseada na doutrina lusitana. Para um aprofundamento da temática, vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1352.

56 “[...] a desconsideração da dimensão material de vinculação dos Tratados de Direitos Humanos destoa da melhor doutrina sobre a matéria e, inclusive, afasta-se da jurisprudência do próprio STF, que reconheceu o Princípio da abertura material do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, quando julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7, publicada no Diário de Justiça da União, em 18 de março de 1994”. MALISKA, Marcos Augusto. *Ob. cit.*, p. 115.

57 *Ob. cit.*, p. 12.

De certo modo, pode-se afirmar que a atribuição da hierarquia infraconstitucional e supralegal está em desacordo com a abertura da ordem interna ao Direito Internacional, vertente consagrada no constitucionalismo contemporâneo, que somente busca a formação de um “Direito de Cooperação”⁵⁸. O Estado brasileiro, em face da não atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, compromete a sua própria integração com a Sociedade Internacional.

Por fim, apesar de não se ter a pretensão de ver esgotada todas as críticas a tese da hierarquia infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, um último argumento deve ser trazido. O Supremo Tribunal Federal, ao entender que os referidos tratados somente teriam *status* constitucional se aprovados pelo rito específico do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, tratou de forma distinta normas com o mesmo conteúdo ético-jurídico. Com isso, dois tratados que versam sobre a mesma temática, proteção dos direitos humanos, são hierarquicamente desiguais no ordenamento jurídico brasileiro, simplesmente em virtude do procedimento de incorporação. Esse entendimento despreza a natureza materialmente constitucional dos direitos humanos e privilegia a forma em detrimento da matéria⁵⁹.

Algumas outras indagações podem ser feitas acerca da legitimidade da tese da hierarquia inconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Porém, como nosso propósito é ser breve nesse ponto, necessário se

58 “Expressão, pressuposto e consequência da cooperação entre os Estados (constitucionais) é o desenvolvimento do Direito comum, que deve chamar-se de ‘Direito de cooperação’”. HÄBERLE, Peter. *Ob. cit.*, 2007, p. 63.

59 “A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida, *v.g.* pelo Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-1/SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimentos daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma ‘duplicidade de regimes jurídicos’ imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece ‘categorias’ de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E este fundamento ético lhes é atribuído não pelo Direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno (*v.g.* o Poder Legislativo), mas pela própria ordem internacional de onde tais tratados provêm. Ao criar as ‘categorias’ dos tratados de nível constitucional e supralegal (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular instrumentos iguais de maneira diferente (ou seja, desigualou os ‘iguais’), em franca oposição ao princípio constitucional da isonomia. Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos) no mesmo nível dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto o que o principal estaria em nível hierárquico inferior”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 341.

faz que alguns argumentos contrários à referida hierarquia sejam trazidos quando do estudo do verdadeiro *status* constitucional dos tratados em tela.

B) Apoio ao entendimento do Min. Celso de Mello

O Min. Celso de Mello, em divergência ao posicionamento do Min. Gilmar Mendes, reconheceu o devido *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo da problemática da (im)possibilidade de prisão civil por dívida do depositário infiel após a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Celso de Mello reconheceu que tais tratados, por versarem sobre a proteção dos direitos humanos, internalizaram-se ao direito doméstico brasileiro como normas materialmente constitucionais.

A conclusão a que chegou o referido Ministro foi baseada em uma longa fundamentação teórica acerca do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos e da relação entre o direito estatal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Superando seu entendimento pretérito, Celso de Mello afirmou que as normas constitucionais que permitem excepcionalmente a prisão civil por dívida no caso de depositário infiel estariam revogadas pelos atos internacionais citados, em virtude da hierarquia materialmente constitucional dos mesmos.

Seu raciocínio derivou de dois argumentos básicos. Primeiro, a cláusula aberta de recepção prevista pelo legislador constituinte originário no § 2º do art. 5º da CF/88. Segundo, a materialidade constitucional das normas protetivas dos direitos humanos e a consequente noção de bloco de constitucionalidade.

Para Celso de Mello, é dever de todo Magistrado efetivar os direitos humanos previstos em tratados internacionais como meio para o desenvolvimento de um constitucionalismo democrático e aberto, que valoriza o caráter ético-jurídico e universal dos direitos humanos.

Partindo dessas premissas e do posicionamento de autores como Celso Lafer, Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade e Valerio Mazzuoli, Mello reconheceu, com base no § 2º do art. 5º c/c o inc. II do art. 4º e com o inc. III do art. 1º, a hierarquia materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a sua consequente integração ao bloco de constitucionalidade. Sustenta, ainda, que o § 3º do art. 5º adiciona apenas um lastro formal de

constitucionalidade aos referidos tratados, em nada alterando o já existente *status* constitucional.

A tese defendida por Celso de Mello em momento algum atenta contra a supremacia da Constituição, como afirmou Gilmar Mendes. Os tratados internacionais de direitos humanos serão passíveis de serem declarados inconstitucionais, na hipótese de violarem as cláusulas pétreas. Caso tais tratados apenas aumentem a proteção aos direitos humanos, não há que se falar em qualquer antinomia, visto que as normas mais favoráveis à proteção dos direitos humanos é que devem prevalecer, independentemente de serem oriundas da ordem constitucional estatal ou serem advindas do Direito Internacional⁶⁰. Isso decorre do fato de que o sistema jurídico internacional protege, em regra, melhor os direitos humanos do que o direito estatal⁶¹.

Portanto, fazendo um paralelo entre as teses da hierarquia infraconstitucional e suprallegal e a do *status* constitucional, pode-se constatar que a segunda compatibiliza-se melhor com a proteção aos direitos humanos. É nesse contexto que defendemos a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

§ 3º O art. 5º, § 2º da CF/88 como verdadeiro fundamento do valor constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Após a descrição da divergência instaurada no Supremo Tribunal Federal, resta-nos dar continuidade à defesa do *status* constitucional dos tratados internacio-

60 “En muchos o quizás en la mayoría de los países del mundo los tratados de derecho internacional adquieren validez interna a través de su ratificación. Sin embargo y desde siempre, la jurisprudencia alemana ha exigido interpretar, en lo posible, el derecho interno en consonancia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y con su correspondiente interpretación por la Corte Europea de Derechos Humanos. Esto es válido para determinar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales en el orden interno, así como los principios básicos establecidos en la Ley Fundamental. De esta manera el Convenio Europeo de Derechos Humanos actúa como directriz de interpretación respecto a los contenidos del orden constitucional. Ello significa que los jueces deben interpretar el derecho interno de conformidad con la Constitución, siempre y cuando esto sea metodológicamente posible.” Este mandato se hace extensivo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como puede observarse, este modelo, que parte del dualismo entre derecho internacional y derecho constitucional, termina por aproximarse al postulado de primacía de protección de los derechos humanos consagrados en convenciones internacionales”. HERDEGEN, Matthias. *Ob. cit.*, p. 74-75.

61 “[...] há, de fato, certa superioridade dos Direitos Humanos em relação ao Direito Interno no que tange à proteção internacional”. GURGEL, Yara Maria Pereira. *Ob. cit.*, p. 143.

nais de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico, mesmo os incorporados sem o rito especial trazido pela E.C. 45/2004.

Ao desenvolver os principais fundamentos que justificam a hierarquia constitucional dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, não se pode esquecer-se de oferecer o contraditório, demonstrando que há entendimentos em sentido contrário.

Apresentada a tese da hierarquia constitucional dos referidos tratados e a consequente noção de bloco de constitucionalidade no direito brasileiro, tratar-se-á das consequências da adoção do citado *status* no ordenamento jurídico nacional, principalmente no que toca ao controle de constitucionalidade, a limitação da discricionariedade legislativa, a qualidade de cláusulas pétreas dos novos direitos internalizados, a impossibilidade de denúncia dos ditos tratados e a aplicabilidade imediata dos direitos humanos, sejam os de origem interna ou os advindos do sistema internacional de proteção.

A finalidade das linhas que se seguem não é de esgotar o tema, mas sim de demonstrar que há na Constituição Federal de 1988 um dispositivo que hierarquiza os tratados internacionais de direitos humanos a nível constitucional.

Diante do momentaneamente exposto, deve-se atestar a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos⁶², por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988⁶³. Não reconhecer que a presente hierarquia deriva do dispositivo em tela, é afirmar que há norma constitucional sem qualquer eficácia, o que contraria a própria lógica constitucional⁶⁴. Como afirma Rezek, se não se reconhece o nível constitucional dessas normas, tudo quanto o parágrafo quer dizer é que não se negará ao indivíduo um direito previsto em tratado sob o prosaico argumento de que ele não se encontra no rol da própria Carta. Tanto significaria empobrecer demais o dispositivo ou até mesmo negar-lhe um autêntico efeito útil⁶⁵.

62 “Desde nuestra personal perspectiva, cuando una Constitución hace alguna referencia a tratados internacionales de derechos humanos nos permite respaldar la idea de que esos derechos que constan en normas que se hallan fuera de la Constitución deben meritarse como derechos implícitos en el hospedaje de esa Constitución”. BIDART CAMPOS, Germán J. *Ob. cit.*, p. 106.

63 Cf. LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Ob. cit.*, p. 80.

64 “De qualquer modo, como tem sido a opinião geral, toda norma constitucional tem alguma ‘eficácia’.” MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ob. cit.*, p. 126.

65 *Ob. cit.*, p. 144.

Da interpretação desse dispositivo, diversos fundamentos podem ser elencados para defesa do *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro⁶⁶.

O primeiro deles consiste na natureza materialmente constitucional dos direitos humanos previstos em tratados internacionais⁶⁷. A fundamentalidade material dos direitos humanos pode ser deduzida em virtude de tais direitos serem considerados elementos constitutivos da Constituição em sentido material, assim como as normas que estruturam o Estado⁶⁸.

Um segundo argumento que pode ser relatado, consiste no fato de que os tratados de direitos humanos estabelecem obrigações objetivas, ou seja, obrigações *cujo objeto e fim* são a proteção de direitos fundamentais da pessoa humana. Essa característica faz com que as normas internacionais que protegem os direitos humanos possuam *natureza objetiva*, o que implica em reconhecer que sua interpretação deve sempre ser feita não em prol dos contratantes (Estados), mas sim, em prol dos indivíduos⁶⁹. Dessa forma, como uma das facetas da Constituição é limitar o poder do Estado em prol dos seus súditos, esse caráter objetivo também funciona como argumento em defesa da hierarquia constitucional dos referidos tratados.

Como terceiro argumento, pode-se citar a influência que o fundamento da dignidade da pessoa humana e o seu consectário da prevalência dos direitos humanos têm na interpretação do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, bem como no reconhecimento do caráter constitucional dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Em quarto, parte da doutrina nacional defende que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da E.C. 45/2004 foram constitucionalizados formalmente por força do § 3º do art. 5º⁷⁰. Trata-se de aplicação

66 Nesse sentido: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ob. cit.*, p. 292. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 269. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 20. MALISKA, Marcos Augusto. *Ob. cit.*, p. 190. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Ob. cit.*, p. 211.

67 Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 145. GURGEL, Yara Maria Pereira. *Ob. cit.*, p. 140. PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 355.

68 SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 89.

69 RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 36.

70 “[...] a ideia é sustentar que a aplicação do *tempus regit actum*, amplamente aceita pelo próprio STF em diversas situações, permitiria vislumbrar que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores a EC 45, devidamente recepcionados pelo procedimento válido a época da incorporação, devam assumir, agora, automaticamente, *status* de emendas constitucionais”. SCHIER, Paulo Ri-

por analogia da recepção com *status* de Lei Complementar que o STF conferiu ao Código Tributário Nacional, após o advento da Constituição Federal de 1988⁷¹.

Apesar da razoabilidade dos argumentos, outra parte da doutrina brasileira considera que “não há como aplicar neste caso o argumento da recepção quando se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível transmudar um decreto legislativo aprovado pela maioria simples do Congresso Nacional em emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à Constituição”⁷².

Seguindo para o quinto argumento, tem-se o princípio da consideração unitária das fontes como mais um fundamento que justifica a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Conforme lição de Gonzalo Aguilar Cavallo, depreende-se do referido princípio que quando da aplicação dos direitos humanos, devem-se adotar as fontes de tais direitos, tanto a nacional como a internacional, com uma só unidade para efeito de seleção da mais apropriada, adequada e útil⁷³. Portanto, é evidente que os direitos humanos, sejam os de ordem interna ou os provenientes do sistema internacional, devem receber um tratamento unitário, não podendo, conseqüentemente, serem considerados de modo hierarquicamente distintos.

Por fim, mesmo sabendo que não se esgotaram os argumentos em prol da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, merece

cardo. *Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a EC 45: Aspectos Problemáticos*. In.: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo. W.; PAGLIARINI, Alexandre (Org.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 511. Nesse sentido: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 44. SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 159. GUERRA, Sidney. *Ob. cit.*, p. 237.

71 “[...] simetricamente ao que sucede no plano do direito infraconstitucional, onde se reconhece, por exemplo, que normas gerais de direito tributário produzidas regularmente em face do adequado procedimento previsto em Constituição anterior são recepcionadas, por conta do *tempus regit actum*, pela atual Constituição, com o *status* de leis complementares (procedimento previsto na atual CF), não será temeroso sustentar que os tratados internacionais de direitos humanos produzidos anteriormente a EC 45, com observância ao procedimento de recepção então em vigor, sejam, após tal emenda constitucional, alçados ao *status* constitucional”. SCHIER, Paulo Ricardo. *Ob. cit.*, p. 511.

72 SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 150.

73 *Ob. cit.*, p. 238.

ser destacado com sexto argumento a condição de que os referidos tratados integram o Bloco de Constitucionalidade⁷⁴.

De modo breve, algumas considerações sobre o citado Bloco devem ser empreendidas. A expressão “Bloco de Constitucionalidade” advém de uma premisa anterior chamada “Bloco de Legalidade” ou “Bloco Legal”, precisamente surgida no Direito Administrativo francês, que significava o conjunto de todas as regras que se impõe a Administração Pública. Partindo desse conceito, em meados de 1989, a doutrina e jurisprudência francesa forjaram o de bloco de constitucionalidade, como sendo o somatório das normas de nível constitucional previstas na Constituição, na Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como dos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República⁷⁵.

Como pode ser observado, o bloco de constitucionalidade é formado não somente por normas presentes no texto da Constituição, mas também por princípios e regras previstos em outras fontes. Essa circunstância, em momento algum descaracteriza o valor constitucional que as normas não provenientes diretamente do texto da Constituição possuem. Muito pelo contrário, tais normas servem, inclusive, como parâmetro de controle de constitucionalidade. Dessa forma, infere-se com base na noção de bloco de constitucionalidade, que há um conjunto homogêneo de normas com *status* constitucional além da própria Constituição.

Inicialmente, a noção de bloco de constitucionalidade surgida na França e adotada pelo Conselho Constitucional francês não contemplava as normas emanadas do Direito Internacional⁷⁶. Talvez essa omissão seja justificada pela hierarquia infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais, independentemente de

74 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.*, p. 348.

75 FAVOREU, Louis. *EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 5. Enero-marzo, 1990, p. 50.

76 “Las normas internacionales tampoco forman parte ya del bloque de constitucionalidad. Esta solución se ha establecido claramente para las normas convencionales, ya que el Consejo Constitucional rechazó, en una decisión de principio de 15 de enero de 1975, controlar la conformidad de las leyes con los tratados internacionales, cualquiera que éstos sean. Invitaba así implícitamente a los jueces ordinarios a aplicar el artículo 55 de la Constitución – que afirma que los tratados tienen una autoridad superior a la ley –, descartando toda ley contraria a un tratado, incluso aunque fuera posterior a aquél. La Corte de Casación siguió esta orientación, cambiando su jurisprudencia por un decreto de 24 de mayo de 1975³⁴. En cambio, el Consejo de Estado mantuvo su negativa a desaplicar una ley (posterior) contraria a un tratado”. FAVOREU, Louis. *Ob. cit.*, p. 55.

sua natureza, no ordenamento jurídico francês, conforme interpretação conferida ao art. 55 da Constituição Francesa de 1958⁷⁷.

Diferentemente da Constituição francesa, a brasileira reconhece que as normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º, ou mesmo do § 3º, ambos do art. 5º. Dessa forma, os referidos tratados fazem parte da Constituição material, ou seja, de uma ordem constitucional estruturada em uma unidade normativa formada pela integração internormativa de normas constitucionais e internacionais protetivas dos direitos humanos, que gozam de eficácia e aplicabilidade imediata por parte de todos os órgãos estatais⁷⁸. É dessa integração internormativa de normas materialmente constitucionais que surge a noção de bloco de constitucionalidade no Brasil⁷⁹.

Com base nas ideias acima expostas, chega-se a conclusão que o bloco de constitucionalidade brasileiro, em que pese opiniões em sentido contrário, é formado por todas as normas materialmente constitucionais e com esse *status* reconhecido. Formam, portanto, o referido bloco: a Constituição, as Emendas Constitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos independentemente do *quorum* de aprovação. Com efeito, conforme leciona Mazzuoli, a própria Constituição Federal de 1988 autorizou que os direitos e garantias previstos em tratados de direitos humanos internalizados pelo Brasil ‘se incluem’ no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. Com isso, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar

77 Art. 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

78 CANTOR, Ernesto Rey. *EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 4, n. 2, 2006, p. 308.

79 “Las consecuencias de la armonización o de la unificación de las diferentes categorías de normas constitucionales en el seno del bloque de constitucionalidad aparecen cada vez con mayor claridad: las diferentes piezas del bloque de constitucionalidad tienen la tendencia a «soldarse» y a constituir un conjunto que no tiene nada que envidiar a las Constituciones modernas de la postguerra, pues la verdadera Constitución francesa se presenta, en lo sucesivo, como portadora de una doble declaración de derechos (de la primera y segunda generación), repartidos entre la Declaración de 1789, el Preámbulo de 1946 y la Constitución de 1958, complementados por los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y un cuerpo de reglas relativas a las instituciones”. FAVOREU, Louis. *Ob. cit.*, p. 59.

outros direitos e garantias, a Constituição ‘os inclui’ no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu ‘bloco de constitucionalidade’⁸⁰.

De forma breve, estes foram os principais argumentos a favor do reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados com ou sem o novo rito do § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Apesar da interpretação acima referida harmonizar-se com a máxima proteção aos direitos humanos, há quem ainda defenda que os ditos tratados possuem hierarquia infraconstitucional, seja supralegal, como afirma a maioria dos Ministros do STF, ou mesmo de paridade normativa com a legislação ordinária⁸¹.

Dentre os principais argumentos em sentido contrário a hierarquia constitucional dos tratados em tela e, conseqüentemente, em defesa da paridade normativa com as leis, destaca-se, como lembram Dimoulis e Martins, a forma de aprovação dos tratados ser igual a das leis ordinárias, a possibilidade de uma lei revogar um tratado que lhe seja anterior, a falta de norma explícita na Constituição conferindo hierarquia aos tratados, a possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, nos termos do art. 102, III, ‘b’, e, por fim, a competência para resolver os problemas de violação aos citados atos internacionais, conforme reza o art. 105, III, ‘a’, ambos da Constituição Federal de 1988⁸².

Pelos próprios argumentos em defesa do *status* constitucional, anteriormente elencados, rebatemos os fundamentos trazidos pelos citados autores. Apenas duas ressalvas merecem ser feitas. Em primeiro lugar o § 2º do art. 5º confere hierarquia constitucional aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Em segundo, a referência a tratados internacionais expressamente feita nos arts. 102 e 105 da CF/88, não afirma explicitamente que os tratados possuem paridade normativa com as leis ordinárias.

80 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 22.

81 “[...] a enumeração de direitos fundamentais contida na CF/88 não é exhaustiva ou taxativa, porquanto se completa tal catálogo com outros direitos decorrentes do sistema político (democracia) e dos princípios por ela adotados. Isso não equivale, no entanto, a dizer que todos os direitos fundamentais decorrentes estejam sediados em normas de hierarquia constitucional”. RAMOS, Elival da Silva. *Ob. cit.*, p. 165.

82 *Ob. cit.*, p. 40-41.

Diante do reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, algumas consequências merecem ser examinadas, ainda que de forma sucinta.

Inicialmente, vale destacar como consequência do referido *status*, a obrigação do Poder Legislativo de adequar o direito interno à normatividade internacional, e o dever do Poder Judiciário de interpretar e aplicar o direito estatal em harmonia com o direito internacional dos direitos humanos⁸³. Agindo dessa forma, o Estado brasileiro demonstrará para comunidade internacional o seu comprometimento com o respeito ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Em outras palavras, atribuir nível constitucional aos tratados internacionais de direitos pode gerar excelentes consequências no âmbito da política internacional.

Com o valor constitucional reconhecido, os tratados internacionais de direitos humanos passam a servirem como parâmetro de controle de constitucionalidade das normas internas⁸⁴. Nesse ponto, merece ser destacado que os referidos tratados, conforme lição de Piovesan, constituem cláusulas pétreas, não sendo, portanto, passíveis de serem abolidos por meio de Emenda à Constituição⁸⁵, nem podem ser denunciados pelo Estado⁸⁶.

A fundamentalidade material dos tratados internacionais de direitos humanos faz com que as normas neles contidas sejam dotadas de aplicabilidade imediata⁸⁷. Duas consequências são apontadas na doutrina acerca dessa característica. A primeira, conforme leciona Piovesan, é o fato de que os citados tratados, por força do § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, são incorporados automaticamente a ordem interna após a ratificação, sem a necessidade de um ato jurídico complementar (Decreto do Executivo)⁸⁸. A segunda, na lição de Ernesto Rey Cantor, consiste na natureza *self-executing* (eficácia plena) das normas prote-

83 LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Ob. cit.*, p. 123.

84 Cf. CANTOR, Ernesto Rey. *Ob. cit.*, p. 316.

85 *Ob. cit.*, p. 356. No mesmo sentido: CANTOR, Ernesto Rey. *Ob. cit.*, p. 305.

86 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 55. No mesmo sentido: CANTOR, Ernesto Rey. *Ob. cit.*, p. 305.

87 “A inserção dessa norma no Título correspondente aos “direitos e garantias fundamentais” na Carta Magna de 1988, fora influenciada, por certo, pelo anteprojeto elaborado pela “Comissão Afonso Arinos”, que, em seu art. 10, continha preceito semelhante, o qual estabelecia que “os direitos e garantias desta Constituição têm aplicação imediata”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37 n. 148 out./dez. 2000, p. 242.

88 *Ob. cit.*, p. 357. Nesse mesmo sentido: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 242/243.

tivas de direitos humanos emanadas de tratados internacionais, ou seja, na possibilidade de tais normas serem aplicadas pelos órgãos estatais sem a necessidade de edição de qualquer ato interno que as regule⁸⁹.

Apesar da total plausibilidade das consequências acima referidas, ainda há na doutrina pátria quem entenda de modo diverso⁹⁰. Vale destacar que o próprio STF, conforme ficou assentado no julgamento da ADI 1.480/DF, consignou o entendimento de que a edição de Decreto de Promulgação por parte do Chefe do Poder Executivo é ato essencial do processo de incorporação dos tratados internacionais, mesmo os de direitos humanos. Mais uma vez o Pretório Excelso atua em dissonância com a interpretação que melhor privilegia a proteção dos direitos humanos, infelizmente.

Diante de todos os argumentos trazidos, verifica-se que o melhor entendimento no que tange a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro é o que consigna o *status* constitucional, por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988⁹¹. Essa interpretação é a que está em sintonia com a dignidade da pessoa humana, com a fundamentalidade material dos direitos humanos e com as tendências do constitucionalismo contemporâneo.

Após a defesa da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direito humanos no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária uma breve incursão na corrente que sustenta o *status* supraconstitucional dos referidos tratados.

§ 4º A tese do *status* supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Nesse momento será abordada a tese defendida por uma corrente minoritária da doutrina brasileira, mas que vem ganhando vários adeptos entre os

89 *Ob. cit.*, p. 307.

90 “A desnecessidade de promulgação e publicação dos tratados internacionais por meio de decreto do Executivo, fundamentada unicamente no art. 5º, § 1º, da Constituição, não convence. Esse dispositivo constitucional, na verdade, não têm amplitude que se lhe pretende atribuir”. MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Ob. cit.*, p. 132.

91 “A Constituição de 1988 no § 2 do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagrados nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais...” MELLO, Celso Albuquerque. *Ob. cit.*, p. 25.

estudiosos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Trata-se do reconhecimento da hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Nas linhas que se seguem serão descritos de forma breve os principais argumentos em prol do citado *status* normativo, com ênfase na Convenção de Viena de 1969, na imperatividade das normas *jus cogens* e nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Inicialmente, vale constatar que a tese do *status* supraconstitucional dos tratados que versam sobre direitos humanos não é uma novidade, pois ela já vem sendo defendida tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira⁹².

Na doutrina brasileira, destaca-se como principal defensor da referida hierarquia o Prof. Celso de Albuquerque Mello, ao sustentar que as normas internacionais protetivas de direitos humanos prevalecem até mesmo sobre a norma constitucional. Como consequência, não há que se falar na possibilidade de uma norma constitucional posterior revogar uma norma internacional constitucionalizada⁹³.

Os mais relevantes fundamentos que embasam a hierarquia supraconstitucional são os princípios do *pacta sunt servanda*, da boa-fé, da dignidade da pessoa humana e da supremacia do Direito, bem como a jusfundamentalidade dos Direitos Humanos e o caráter *jus cogens*⁹⁴ de tais normas.

A Convenção de Viena de 1969 preceitua no já citado art. 26 que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. Conforme resta bastante evidente, quando um Estado ratifica um ato internacional, ele se compromete a cumprir as normas pactuadas observando os princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé. Dessa forma, não podem alegar seu próprio direito interno, inclusive o direito constitucional, como justificativa para descumprirem as obrigações assumidas, como reza a citada Convenção no art. 27. É com base nessas considerações que Pereira e Quadros afirmam que “...a CV quis, de facto, dar a todo o Direito Internacional convencional grau supraconstitucional na ordem

92 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *TRATADOS INTERNACIONAIS: VALOR LEGAL, SUPRALEGAL, CONSTITUCIONAL OU SUPRACONSTITUCIONAL?* Revista de Direito. v. XII, Nº. 15, Ano 2009, p. 15.

93 *Ob. cit.*, p. 25.

94 “En la actualidad y a título ejemplar se consideran normas de ius cogens la prohibición del genocidio, prohibición de la tortura, prohibición de la desaparición forzada de personas, prohibición del trabajo infantil, la prohibición de la esclavitud y de la discriminación por razones de raza y religión”. CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *Ob. cit.*, p. 272.

interna dos Estados aonde ela viesse a vigorar ou por ratificação ou como costume internacional”⁹⁵.

Outro argumento utilizado, dessa vez pela doutrina latino-americana, para justificar a superioridade dos tratados internacionais de direitos humanos frente à própria Lei Fundamental de um Estado é o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo afirma Cavallo, a dignidade humana deve ser considerada como uma super fonte da validade universal incontestável, na qual se traduz a hierarquia superior e a validade universal da supremacia dos direitos humanos, a respeito do qual, todos os órgãos estatais, inclusive o Tribunal Constitucional, são guardiães e garantidores⁹⁶.

Talvez o principal argumento em defesa da supraconstitucionalidade dos ditos tratados encontra-se presente na natureza das chamadas normas *jus cogens*. Para autores como Jorge Miranda, “os princípios de *jus cogens* têm valor supraconstitucional, visto que, estruturantes da comunidade internacional, não podem deixar de se sobrepor à Constituição de qualquer Estado membro dessa comunidade”⁹⁷. É com base nesse entendimento que se pode afirmar que tais normas servem de parâmetro para a validade do direito interno, inclusive das normas constitucionais⁹⁸.

Dessa forma, em se adotando a tese da supraconstitucionalidade das normas *jus cogens*, a Constituição cede certo espaço no ordenamento jurídico para a primazia material de tais normas, o que ocasiona uma proteção mais eficaz aos direitos humanos, quando as normas imperativas do direito internacional forem mais favoráveis à defesa dos referidos direitos⁹⁹.

Seguindo este raciocínio, há quem sustente, vale ressaltar, que as normas *jus cogens* limitam o próprio poder constituinte, seja ele originário ou derivado¹⁰⁰. Apesar do avanço no que toca ao reconhecimento da existência de normas *jus cogens* por parte da doutrina, os Tribunais pátrios ainda desconsideram o caráter imperativo de tais normas, sobretudo quando elas não estão positivadas. Controlar normas constitucionais tendo como parâmetro preceitos imperativos do Direito Interna-

95 *Ob. cit.*, p. 120.

96 *Ob. cit.*, p. 246.

97 *Ob. cit.*, p. 137.

98 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ob. cit.*, p. 117.

99 CAVALLLO, Gonzalo Aguilar. *Ob. cit.*, p. 259.

100 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. cit.*, p. 115/116.

cional ainda é uma ilusão na prática do Judiciário brasileiro. Espera-se, talvez, que em um futuro breve, ao menos tais normas sejam levadas em consideração na interpretação e aplicação dos direitos humanos no Brasil.

Apesar dos argumentos até aqui trazidos serem dotados de um alto grau de desenvolvimento científico, outras justificativas a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos podem ser elencadas. Dentre outras, o princípio da supremacia do Direito em detrimento da supremacia da Constituição¹⁰¹ e a jusfundamentalidade dos direitos humanos¹⁰² com certeza também colaboram para a plausibilidade da tese ora descrita.

Um fato importante que merece ser lembrado quando se fala em supraconstitucionalidade de algumas normas é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já exerceu controle das normas constitucionais tendo como parâmetro a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁰³. Essa situação ocorreu, por exemplo, no caso *La última tentación de Cristo*, em que a citada Corte entendeu que uma norma constitucional violava a citada Convenção, acarretando, portanto, a responsabilidade internacional do Estado¹⁰⁴.

Como último pilar da supraconstitucionalidade das normas internacionais, alguns autores abordam a questão das normas definidoras de crimes internacionais e seu caráter *erga omnes*¹⁰⁵. O Estatuto de Roma, em sendo considerado um marco fundamental da proteção aos direitos humanos¹⁰⁶, veio confirmar expressamente a atual tendência de tratamento supranacional de determinados delitos¹⁰⁷. Na medida em que um agente estatal não pode justificar uma conduta violatória aos

101 Cf. CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *Ob. cit.*, p. 241.

102 “Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etcétera, con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos, y si conciliado con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enroldado - cada una en su situación histórica - en líneas de derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (de *lege ferenda*) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución”. BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: UNAM, 1989, p. 362.

103 Cf. HERDEGEN, Matthias. *Ob. cit.*, p. 75.

104 CIDH, caso *La última tentación de Cristo*, sentencia de 3 de febrero de 2001, serie C, n.º 73, § 72.

105 GARCIA, Emerson. *Ob. cit.*, p. 175.

106 GARCIA, Maria. *Ob. cit.*, p. 295.

107 *Idem*, p. 293.

delitos previstos no referido Estatuto com a alegação de que tal seria permitida pela Constituição, faz-se necessário reconhecer, em tese, a supraconstitucionalidade das normas que tipificam crimes internacionais¹⁰⁸, na medida em que protegem bens jurídicos caros para a sociedade internacional e que possuem, certamente, natureza *jus cogens*¹⁰⁹.

Diante dos argumentos até aqui expostos, pode-se reconhecer como principal efeito do *status* supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos a invalidade de cláusula constitucional que entre em conflito ideológico e/ou normativo com tais fontes do Direito Internacional¹¹⁰. Em conclusão, apesar de ser minoritária a corrente em tela, vê-se que ela encontra argumentos bem embasados no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Apresentadas as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais no que toca a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, resta-nos tomarmos a posição dos que defendem o *status* constitucional dos referidos tratados, com base nos diversos argumentos anteriormente expostos e por entender que esse pensamento é o possibilita uma maior efetividade as normas oriundas do sistema jurídico internacional no direito estatal brasileiro. Com efeito, com o reconhecimento do valor constitucional aos ditos instrumentos internacionais, os órgãos jurisdicionais não poderão levantar barreiras à aplicação das fontes do Direito Internacional no âmbito interno, salvo na hipótese da legislação doméstica ser mais favorável a proteção dos direitos humanos.

Cabe ainda ressaltar, que independentemente de como o direito estatal hierarquiza os tratados internacionais de direitos humanos, para o Direito Internacional, conforme inúmeras manifestações das Cortes e Tribunais Internacionais, devem tais instrumentos ser efetivamente aplicados, sob pena de em agindo em sentido contrário, o Estado ser responsabilizado internacionalmente pela violação aos direitos humanos.

108 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: RT, 2010, p. 147.

109 Em sentido contrário, Dimoulis e Sabadell lecionam que “A maioria das normas constitucionais incompatíveis com o Estatuto de Roma afeta direitos fundamentais e, por essa razão, conflita com as limitações materiais impostas ao poder constituinte reformador em virtude do art. 60, § 4º, IV da CF”. *O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição Brasileira e a Questão da Ineficácia Social dos Direitos Fundamentais*. In.: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do Direito. Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 183.

110 HENDERSON, Humberto. *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*. In: Revista IIDH, v. 39, San José, IIDH, 2004, p. 77.

CONCLUSÃO

Chegamos ao momento em que as considerações finais das ideias apresentadas merecem ser sistematizadas. É hora de avaliar se a problemática levantada foi dirimida, se os objetivos planejados foram alcançados e se as hipóteses propostas foram demonstradas. Mais do que isso, eis a oportunidade de tentar convencer que os argumentos defendidos podem contribuir para a discussão acerca da aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição brasileira.

Dos argumentos delineados na primeira parte deste estudo, chega-se a conclusão de que a proteção aos Direitos Humanos é um dos valores mais caros para a sociedade internacional e de maior relevância para o Direito Internacional. Comprova-se essa afirmação com o desenvolvimento dos sistemas global (onusiano) e regionais (europeu, interamericano e africano) de proteção aos citados direitos, bem como com o reconhecimento por Cortes e Tribunais internacionais da imperatividade das normas *jus cogens*.

O Brasil, ciente do desenvolvimento dos referidos direitos no cenário externo, adaptou a sua ordem constitucional para a recepção de novos direitos, constitucionalizando-os e tornando-os prevalentes em seu ordenamento jurídico, nos termos do § 2º, do art. 5º e do inc. II, do art. 4º, da Constituição Federal de 1988, respectivamente.

O segundo passo dado pelo Estado brasileiro consistiu na celebração e incorporação de inúmeros tratados internacionais que versam sobre a proteção dos direitos humanos, sejam eles oriundos do sistema global ou do regional latino-americano, bem como a submissão a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que já gerou alguns efeitos positivos, como as reparações às vítimas de violações aos direitos humanos. Com efeito, não se pode esquecer que o Brasil, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, também optou por submeter-se a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nos termos do § 4, do art. 5º da CF/88, o que demonstra que a proteção de bens jurídicos globais fundamentais à sociedade in-

ternacional também faz parte da política constitucional brasileira e do exercício de sua soberania.

Visto de um modo geral que o Estado brasileiro tem o dever inegável e absoluto de proteger os direitos humanos e que alegações como domínio reservado do Estado, absolutividade da soberania e coisa julgada não justificam a escusa dessa obrigação, enveredamos pela parte dois desses escritos, em que foi analisada a efetivação dos direitos humanos previstos em tratados internacionais pela Jurisdição brasileira.

Nessa segunda parte, três conclusões básicas podem ser identificadas. Com relação à competência constitucional do Poder Judiciário para proteção dos direitos humanos e aplicação dos tratados internacionais, resta evidente que a Constituição Federal de 1988, com base nos arts. 4º, II; 5º, §§ 2º, 3º e 4º; 49, I; 84, VIII; 102, III, 'b'; 105, III, 'a' e 109, III, V, V-A e § 5º, elevou os referidos instrumentos internacionais a condição de fontes do direito interno. Portanto, constitui dever dos órgãos jurisdicionais a efetiva aplicação das normas contidas em tratados internacionais, bem como seguir a interpretação de tais feita por Cortes e Tribunais Internacionais.

Inegavelmente, os juízes nacionais desempenham um relevante papel na proteção dos direitos humanos. Com efeito, na medida em que são os principais responsáveis por garantir os bens jurídicos universais, compete-lhes estabelecer um contínuo contato entre o Direito Interno e o Direito Internacional, com a intenção de concretizar as normas provenientes do sistema jurídico externo de proteção aos referidos direitos. Isto posto, quando o Estado-legislador descumpre o dever de não editar leis incompatíveis com os compromissos internacionalmente assumidos, caberá ao Magistrado digladiar, se necessário for, em busca do reconhecimento da força normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Essa referência à força normativa não fica somente no âmbito das normas positivadas nos tratados internacionais de direitos humanos. Muito mais além, a jurisprudência das Cortes e Tribunais internacionais, o costume internacional e os princípios gerais do direito, também são relevantes para proteção dos direitos humanos. Com isso, o controle de convencionalidade é justamente o mecanismo que deve ser utilizado para garantir a força normativa do arcabouço jurídico internacional de proteção aos direitos humanos.

No que concerne à possibilidade de utilização do controle jurisdicional de convencionalidade como instrumento de proteção dos direitos humanos a ser realizado pelos Juízes, cabe concluir que é dever de todo Juiz afastar a aplicação de

manifestações estatais que violem tratados internacionais de direitos humanos, pois somente dessa forma tais direitos poderão ser efetivamente protegidos pela Jurisdição brasileira. Infelizmente, não é isso que vem acontecendo no Brasil.

Diante do exposto, ainda há que se concluir, no que toca ao papel do Supremo Tribunal Federal com relação à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, que sua atuação não se harmoniza com as novas tendências do constitucionalismo contemporâneo. Ao retornar ao entendimento reinante na segunda década do século XX em relação ao *status* infraconstitucional e supralegal dos tratados em tela, o STF afastou o efeito útil do art. 5º, § 2º, bem como ignorou completamente o princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no art. 4º, II, e a noção de bloco de constitucionalidade.

Depreende-se desses dispositivos que foi para conferir força normativa aos tratados internacionais de direitos humanos que a Constituição Federal de 1988 reconheceu o seu *status* constitucional. Um pouco mais além, pautada na doutrina internacionalista e ao lastro de decisões de Cortes e Tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, caminha-se para a adoção da tese que reza a supraconstitucionalidade *juris tantum*¹ dos referidos tratados. Pois que não é permitido aos Estados, na visão dos que defendem esse pensamento, nem mesmo através de normas constitucionais², a violação aos compromissos internacionais de proteção aos direitos humanos assumidos. Com efeito, normas compatíveis com a Constituição, mas em desacordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, devem ter sua invalidade reconhecida.

Há que se concluir ao final desses escritos, que ainda é bastante tímida a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, assim como de outras fontes do Direito Internacional, pela Jurisdição brasileira. Fato este que atenta contra o sentimento internacional e constitucional de proteção aos direitos humanos. Conforme fora demonstrado, a Justiça brasileira, seja comum ou especializada, não

1 Supraconstitucionalidade relativa em virtude da aplicação do princípio *pro homine* em caso da norma estatal ser mais favorável à proteção dos direitos humanos do que a proveniente do sistema internacional.

2 “La jurisprudencia internacional es uniforme en que el Derecho Internacional prevalece sobre el Derecho interno, y en que no es posible alegar el incumplimiento del Derecho interno, incluida la Constitución, como justificación para no cumplir una norma de Derecho Internacional, sea convencional o consuetudinária”. CABRA, Marco Gerardo Monroy. *El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional*. In.: Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI), Año 1, N° 1. Bogotá: 2008, p. 135.

vem atendendo, salvo raras exceções, aos ditames de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos.

Enquanto os Magistrados não acordarem para a necessidade de conhecer o Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua força normativa, de estabelecerem um diálogo interjurisdiccional³ com Cortes e Tribunais Internacionais, de motivarem suas decisões com base na normatividade internacional, de utilizarem a interpretação conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos como ferramenta hermenêutica e de afastar a aplicação de normas internas inconventionais, o Brasil continuará violando os Direitos Humanos ou, na melhor das hipóteses, os protegendo de forma insuficiente. Situação que certamente fará com que o Estado brasileiro volte a ser condenado pela Jurisdição internacional.

É preciso que os Magistrados assumam o papel de personagens influentes na concretização dos Direitos Humanos e que sempre tomem como baliza o referencial de tais direitos para o desempenho da atividade jurisdiccional. Afinal, a proteção aos Direitos Humanos serve como verdadeiro limite ao exercício do poder, pois de modo algum constitui uma mera discricionariedade política e/ou jurídica. Dessa forma, o robustecimento de um diálogo dos juízes⁴ internos com os internacionais é vital para o aperfeiçoamento do acesso a justiça. Não só a justiça baseada no direito estatal, mas sim a derivada dos preceitos básicos que gravitam em torno da dignidade da pessoa humana.

Os tribunais nacionais estão chamados a cumprir um papel crucial no atual Estado Democrático de Direito por ser um dos veículos principais para que o Estado possa traduzir na ordem interna as obrigações contidas nos tratados internacionais sobre direitos humanos. Certamente não só devem garantir os direitos assegurando a efetividade dos recursos judiciais internos, mas também devem colocar em prática as decisões vinculantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que interpretam e definem as normas e padrões internacionais para proteção dos direitos humanos. Esta participação ativa dos tribunais nacionais em garantir os direitos humanos cria um âmbito propício para o desenvolvimento de suas capa-

3 Como bem assinala Víctor Bazán em sua palestra “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable” (*VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*, México, diciembre de 2010). Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/215.pdf>. Acesso em: 01.02.2012.

4 Cf. BURGORQUE-LARSEN, Laurence. *A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França*. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., v. 7, n. 1, jan./jun. Brasília: 2010, p. 302.

idades para utilizar procedimentos e critérios cada vez mais compatíveis com as normas e padrões internacionais de proteção em matéria de direitos humanos, que permitem uma melhor implementação destes a nível interno. Segue-se que a interação entre os sistemas jurídicos internacional e nacional tem como um dos seus fins o reforço do sistema interno de proteção. Isto permite incentivar os tribunais estatais a enfrentar as violações dos direitos e empreender esforços para reparar as existentes e inibir as que porventura venham a acontecer⁵.

Apesar dessas conclusões, na atual fase do constitucionalismo global, em que as relações internacionais são cada vez mais dinâmicas e a proteção do indivíduo passa a ser uma tarefa que rompe fronteiras, navega o Supremo Tribunal Federal contra a correnteza do rio que leva a formação de uma cooperação interestatal e interjurisdicional em prol da proteção dos Direitos Humanos.

5 Cf. CIDH, Caso “Cepeda Vargas vs. Colombia”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, nº 213, voto concurrente razonado del juez García-Sayán, párrafos 30, 31, 32.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

_____. *La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 13-45.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 5, n. 1, 2007, p. 59-88.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Relações Exteriores e Constituição*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 24, n. 94. abr./jun. 1987, p. 109-120.

_____. *As Relações Internacionais na Ordem Constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. ano 26, n. 101. jan./mar. 1989, p. 47 - 70.

_____. *A Estrutura Constitucional das Relações Internacionais e o Sistema Político Brasileiro*. CONTEXTO INTERNACIONAL. Rio de Janeiro. n. 12. jul./dez. 1990, p. 53-69.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A ONU e a proteção aos direitos humanos*. Rev. Bras. Polít. Int. n. 37 (1). 1994, p. 134-145.

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____, Alberto do. *Introdução ao Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2008.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. *O direito internacional: entre a ordem e a justiça*. Revista de Informação Legislativa, v. 177, p. 129-148, 2008.

_____. *O Diálogo das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo*. Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. 2, 2008, p. 11-33.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 39 n. 155 jul./set. 2002.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Ed.). *JUSTICIA DE TRANSICIÓN. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2009.

AMBOS, Kai; *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*. In.: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Ed.). *JUSTICIA DE TRANSICIÓN. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2009, p. 23-129.

ANDRADE, Isabela Piacentini de. *RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DO JUS COGENS*. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v. 5, n. 5, jan./jun.2007, p. 4-32.

APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de O. S.; CARNEIRO, Wellington Pereira. *A Proteção contra o Genocídio no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 403.

ARAUJO, Nadia de. *A influência das opiniões consultivas da corte interamericana de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 6, n. 6, jun. 2005, p. 227-244. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24774>>. Acesso em: 08 out. 2011.

ARMIJO, Gilbert. *La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional, ¿mito o realidad?* In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, AÑO XVII, MONTEVIDEO: 2011, p. 243-261.

AYALA CORAO, Carlos M.. *LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS RELATIVOS A DERECHOS HUMANOS Y SUS CONSECUENCIAS*. In.: SILVA, Ricardo Méndez (Coord). *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002, p. 37-90.

AZÓCAR, Gabriela. *Del origen del derecho internacional público a la discusión sobre su constitucionalización*. Persona y Sociedad. Universidad Alberto Hurtado. Vol. XXII. n. 1. 2008, p. 27-39

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem. (A Convenção Europeia dos Direitos do Homem)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998, p. 91-118.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. *Mercosul e direitos humanos no quadro do conflito entre a Constituição brasileira e os tratados internacionais*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 8, n. 1, 2010, p. 355-366.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. *PARA ALÉM DO DEBATE EM TORNO DA HIERARQUIA DOS TRATADOS: DO DUPLO CONTROLE VERTICAL DAS NORMAS INTERNAS EM RAZÃO DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS*. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1, n. 19, jun./dez. 2011, p. 01-39.

BAZÁN, Víctor. *La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de Derecho Comparado*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Año IX. MONTEVIDEO: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, 2003, p. 109-162.

BAZÁN, Víctor. *La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y El derecho interno en Argentina*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 5, n. 2, 2007, p. 137-183.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BIANCHI, Andrea. *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*. In.: The European Journal of International Law v. 19 n. 3, 2008, p. 491-508.

BIDART CAMPOS, Germán J. *LOS DERECHOS "NO ENUMERADOS" EN SU RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL*. In.: SILVA, Ricardo Méndez (Coord.). *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002, p. 103-114.

_____. *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: UNAM, 1989.

BINDER, Christina. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. In.: BOGDANDY, Armin Von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coord.). *LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INTERNACIONALIZACIÓN. ¿HACIA UN IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA?*, T. II. México: Universidad Nacional Autónoma de México. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 2010, p. 159-188.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 11. ed. Trad. Carmem Varrialle et alii. Brasília: Ed. da UnB, 1998.

_____. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOGDANDY, Armin Von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coord.). *LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INTERNACIONALIZACIÓN. ¿HACIA UN IUS COSNTITUCIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA?*, T. II. México: Universidad Nacional Autónoma de México. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. ESTUDOS AVANÇADOS 18 (51), 2004, p. 140.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.

BORGES, Nadine. DAMIÃO XIMENES. *Primeira Condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

BURGORQUE-LARSEN, Laurence. *A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França*. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., v. 7, n. 1, jan./jun. Brasília: 2010, p. 261-304.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, ANO XIII, MONTEVIDEO: 2007, p. 63-119.

BRITTO, César. *O direito à memória e à verdade*. In.: Revista DIREITOS HUMANOS, n. 5. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2010, p. 26 - 31.

CABRA, Marco Gerardo Monroy. *El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional*. In.: Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI), Año 1, Nº 1. Bogotá: 2008, p. 107-138.

CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. I. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003.

_____. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *JUS COGEN - THE DETERMINATION AND THE GRADUAL EXPANSION OF ITS MATERIAL CONTENT*. In.: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. v. 9, n. 9. Fortaleza: 2009, p. 29-44.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do novo Século: Recomendações para o Fortalecimento de seu Mecanismo de Proteção*. In.: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI*. Rev. Bras. Polít. Int. n. 40 (1). 1997, p. 167-177.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. – Coimbra: Almedina, 2002.

CANTOR, Ernesto Rey. *EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 4, n. 2, 2006, p. 299 - 334.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS*. In.: SILVA, Ricardo Méndez (Coord.). *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002, p. 181-209.

_____. *La división de poderes y la función jurisdiccional*. Revista Latinoamericana de Derecho. año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, p. 175-211.

CARPIZO, Jorge. *LOS DERECHOS HUMANOS: NATURALEZA, DENOMINACIÓN Y CARACTERÍSTICAS*. In.: Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Núm. 25, julio-diciembre 2011, p. 3-29.

CASTAÑEDA OTSU, Susana. *El Principio de Interpretación Conforme a los Tratados de Derechos Humanos y su Importancia en la Defensa de los Derechos Consagrados en la Constitución*. In.: SILVA, Ricardo Méndez (Coord.). *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002, p. 211-233.

CASTILLA, Karlos. *EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: UN NUEVO DEBATE EN MÉXICO A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL CASO RADILLA PACHECO*. In.: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XI, 2011, p. 593-624.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 5, n. 1, 2007, p. 223-281.

_____. *DERECHOS FUNDAMENTALES-DERECHOS HUMANOS. ¿UNA DISTINCIÓN VÁLIDA EN EL SIGLO XXI?* Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XLIII, núm. 127, enero-abril de 2010, p. 15-71.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COMPARATO. Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. In.: *ESTUDOS AVANÇADOS*, ano 18, n. 51, 2004, p. 151-159.

COSTA, Antonio. *LA CONSTITUCIÓN Y LAS RELACIONES EXTERIORES*. Traducción de LORENZO FERNÁNDEZ FRANCO. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). n. 60-61. abr./set., 1988, p. 633-641.

CUNHA, José Ricardo. *Direitos Humanos e Justiciabilidade: Pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. In.: *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. n. 3. ano 2. Rede Universitária de Direitos Humanos: 2005, p. 138-172.

CUNHA, José Ricardo (Org.) *Direitos Humanos e Poder Judiciário no Brasil: Federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo. W.; PAGLIARINI, Alexandre (orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CRUZ, Paulo Marcio; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Soberania e superação do Estado constitucional moderno*. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, jul./dez. 2006, p. 77-102.

CRUZ, Rodolfo Cerdas; LOAIZA, Rafael Nieto (Comp.). *Estudios Basicos de Derechos Humanos*. T. 1. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.

DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e Relações Exteriores*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; SABADELL, Ana Lucia. *O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição Brasileira e a Questão da Ineficácia Social dos Direitos Fundamentais*. In.: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do Direito. Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. *Control de convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura em la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 63-79.

DORNELLES, João Ricardo. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. ano IV, n. 4 e Ano V, n. 5, 2003-2004.

DULITZKY, Ariel E; GALLI, Maria Beatriz; KRSTIVIC, Viviana. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos: Aspectos Procedimentais e Estruturais de seu*

funcionamento. In.: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 81-101.

DULITZKY, Ariel E; GALLI, Maria Beatriz. *A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu Papel Central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. In.: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

EGAÑA, José Luis Cea. *Aproximación a la Teoría Constitucional Contemporánea*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 1, n. 1, 2003, p. 35-60.

FAVOREU, Louis. *EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. n. 5. Enero-marzo, 1990, p. 45-68.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

_____. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Teoría general del derecho procesal constitucional. Ciudad de México: UNAM, t. I, 2008.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista Latinoamericana de Derecho. Año I, núm. 1, enero-junio de 2004, p. 141-180.

FLAX, Gregorio A. *El control de convencionalidad em el procedimiento administrativo*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

FRAGA, Mirtô. *A obrigatoriedade do tratado na ordem Interna*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004, p. 311-328.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL OU INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL?* Revista Brasileira de Direito Internacional, v. 8, n. 8, jul./dez. Curitiba: 2008, p. 4-21.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law*. The European Journal of International Law (2005). v. 16, n. 3, p. 541.

_____. *O § 3º do Art. 5º da Constituição Federal: Um Retrocesso para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil*. In.: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. v. 6, n. 6. Fortaleza: Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2005, p. 121-131.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Amnistía y derechos humanos. A propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”*. In.: SILVA, Ricardo Méndez (Coord.). *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002, p. 247-260.

GARCIA, Emerson. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA, Maria. *Limites da Ciência. A Dignidade da Pessoa Humana. A Ética da Responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.

GARCIA, Márcio P. P. *Tratados e poder terminativo na Constituição de 1988*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008.

GIL, Luis V. Pérez. *Análisis de los Principios Constitucionales y las Competencias em las Relaciones Exteriores em la Constitución Española de diciembre de 1931*. Revista Española de Derecho Constitucional. año 21. n. 63. Septiembre-Diciembre 2001.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. *O Direito Constitucional Internacional após a Emenda 45/04 e os Direitos Fundamentais*. São Paulo: Lex Editura, 2007.

GOMES, Eduardo Biacchi. *A Celebração dos Tratados no Ordenamento Constitucional e os Direitos Fundamentais*. In.: GOMES, Eduardo Biacchi; Reis, Tarcísio Hardman. *O Direito Constitucional Internacional após a Emenda 45/04 e os Direitos Fundamentais*. São Paulo: Lex, 2007, p. 75-90.

GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. *Desafios do Direito Internacional no Século XXI*. Ijuí: Unijuí, 2007.

GONZÁLEZ, Juan Luis Modolell González. *EL CRIMEN DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*. In.: Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Montevideo: FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, 2010, p. 193-210.

GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação. Sua Aplicação às Relações de Trabalho*. São Paulo: LTTr, 2010.

HÄBERLE, Peter. *O Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. Trad. de Joaquín Brage Camazano. In.: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Teoría general del derecho procesal constitucional. Ciudad de México: UNAM, t. I, 2008. p. 763-784.

HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común: Palabras clave para um diálogo europeo-latinoamericano*. Trad. Héctor Fierro. México: UNAM, 2011.

HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. Trad. Ingo Sarlet e Pedro Aleixo. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89-152.

HAYDEN, Patrick. *Kant, Held e os Imperativos da Política Cosmopolita*. Trad. de Nuno Coimbra Mesquita. Impulso, Piracicaba, 15(38): 2004, p. 83 – 94.

HENDERSON, Humberto. *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*. In: Revista IIDH, v. 39, San José, IIDH, 2004.

HERDEGEN, Matthias. *DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*. México: UNAM, 2005.

HERDEGEN, Matthias. *La Internacionalización del Orden Constitucional*. Trad. Luis Felipe Vergara Peña. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. año XVI. MONTEVIDEO: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, 2010, p. 71-81.

HESSE, Konrad. *ELEMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 7, n. 2, 2009, p. 109-128.

_____. *La Responsabilidad del Estado por Violación de Tratados Internacionales. El que 'rompe' (aunque sea el Estado) 'paga'*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 5, n. 1, 2007, p. 203-222.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *La división de poderes como principio de ordenamiento*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, AÑO XIII, MONTEVIDEO: 2007, p. 211-225.

HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos. Uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. *Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas*. Textos para Discussão 83. Brasília/DF: Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, 2011.

JO, Hee Moon; SOBRINO, Marcelo da Silva. *Soberania no direito internacional Evolução ou revolução?* Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004, p. 7-30.

JUBILUT, Liliana Lyra. *Os Fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo: da Coexistência aos Valores Compartilhados*. V Anuário Brasileiro de Direito Internacional. v. 2. n. 9, julho de 2010.

KOSKENNIEMI, Martti. *El Destino del Derecho Internacional Público: Entre la Técnica y la Política*. Trad. René Urueña y Sergio Anzola. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 24. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES - FACULTAD DE DERECHO, Marzo de 2010.

KOWALSKI, Mateus. *A Carta das Nações Unidas como “Constituição” da comunidade internacional*. NegóciosEstrangeiros. n. 15. Dezembro de 2009.

LADEIA, André Luiz Cosme. *A relativização da soberania em face da preservação dos direitos e garantias fundamentais*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. año XV. MONTEVIDEO: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, 2009, p. 559-584.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

_____. *Comércio. Desarmamento. Direitos Humanos. Reflexões sobre uma Experiência Diplomática*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

LAGHMANI, Slim. *Le jus cogens et la cohérence de l'ordre juridique international*. In.: sous la direction de R. Ben Achour et S. Laghmani, *Les droits de l'homme : Une nouvelle cohérence pour le droit international ?* Paris, Pedone, 2008, p. 63-96.

LOBO DE SOUZA, Ielbo Marcus. *A natureza e eficácia do direito internacional*. Revista de Informação Legislativa, BRASÍLIA-DF, n. 141, p. 217-227, 1999

LÖSING, Norbert. *Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, ANO XVII, MONTEVIDEO: 2011, p. 413-427.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LUCCHETTI, Alberto J. *Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 131-162.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 184 out./dez. 2009, p. 29-45.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *Tratado, Governo e Congresso A referenda de tratados e a possibilidade de sua alteração legislativa no direito público brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009, p. 195-206.

MADRUGA, Antenor. *Constituição brasileira de 1988 Monista ou dualista?* Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008, p. 135-140.

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI: A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1*. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 113-124, jul./dez. 2008, p. 113-123.

MARÇAL, Regina Elizabeth Tavares. *A federalização das graves violações dos Direitos Humanos*. In.: CUNHA, José Ricardo (Org.) *Direitos Humanos e Poder Judiciário no Brasil : Federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais*.

Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009, p. 243-300.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARRÓN, José Luis Vallarta. *LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN TORNO AL IUS COGENS INTERNACIONAL*. In.: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, v. X, 2010, p. 11- 47.

MARÓN, Manuel Fondevila. *LA DISOLUCIÓN DE LA SOBERANÍA EN EL ÁMBITO ESTATAL: LOS EFECTOS DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 7, n. 1, 2009, p. 209-242.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Leonardo. *Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. In: MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005, p. 33-126.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. *Constitucionalidade e Conventionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, ANO XVII, MONTEVIDEO: 2011, p. 463-483.

MARTINS, Pedro Baptista. *Da Unidade do Direito e da Supremacia do Direito Internacional*. Atualizado por Luís Ivani de Amorim. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. *Ius Commune (DIREITO COMUM)*. Rio Grande: juris, n. 12, 2006-2007.

MATIAS, João Luís Nogueira. *Os Princípios de Relações Exteriores na Constituição de 1988 como Limitação ao Poder Discricionário da Administração*. Themis, Fortaleza, v. 3, n. 1, 2000, p. 171-190.

MATUTE, Javier Dondé. *EL CONCEPTO DE IMPUNIDAD: LEYES DE AMNISTÍA Y OTRAS FORMAS ESTUDIADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*. In.: Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Montevideo: FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, 2010, p. 263-293.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37 n. 148 out./dez. 2000, p. 231-250.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Poder Legislativo e os tratados internacionais. O treaty-making power na Constituição brasileira de 1988*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 38 n. 150 abr./jun. 2001, p. 27-53.

_____. *O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 39 n. 154 abr./jun. 2002, p. 15-29.

_____. *Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002, p. 169-177.

_____. *Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *O Novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua Eficácia*. In.: GOMES, Eduardo Biazchi; REIS, Tarcísio Hardman. *O Direito Constitucional Internacional após a Emenda 45/04 e os Direitos Fundamentais*. São Paulo: Lex, 2007, p. 159-200.

_____. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas. Ano IX. n. 12. Março/2009.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. São Paulo: RT, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DIREITO BRASILEIRO*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *TRATADOS INTERNACIONAIS: VALOR LEGAL, SUPRALEGAL, CONSTITUCIONAL OU SUPRACONSTITUCIONAL?* Revista de Direito. v. XII, n. 15, Ano 2009, p. 7- 20.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. (Org.). *Crimes da Ditadura Militar. Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2011.

MEDEIROS, Ana Letícia Barauna Duarte. *Direito Internacional dos Direitos Humanos na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MEDEIROS, Orione Dantas de. *Direito Constitucional Comparado. Breves aspectos epistemológicos*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 47, n. 188, out./dez. 2010, p. 313-332.

MELGARÉ, Plínio. *Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. ano 39, n. 154. abr./jun. 2002, p. 71-92.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*. In.: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. 1 v. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Direito Público*, v. 5, n. 28, p. 71-94, jul./ago. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NO BRASIL*. *Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, v. 2, n. 1, 2010, p. 64-100.

MEZAROBBA, Glenda. *Afinal, o que é uma comissão da verdade?* In.: *Revista DIREITOS HUMANOS*, n. 5. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2010, p. 32-34.

MIGUEL, Carlos Ruiz. *LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: ¿CRISÁLIDA DE UNA JURISDICCIÓN SUPRA-CONSTITUCIONAL?* In.: *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. Presentado por César Gaviria. v. II. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III: 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

MIRANDA, Nilmário. *Aos 30 anos, anistia ainda é um processo inconcluso*. In.: *Revista DIREITOS HUMANOS*, n. 2. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009, p. 31-34.

MONCAYO, Guillermo R. *et al. Derecho Internacional Público*. 3. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1990.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Ana Luisa Zago de. O “CASO ARAGUAIA” NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. In.: Revista Liberdades, nº 8. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: 2011, p. 88-110.

MULLER, Friedrich. *Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – Especialmente na Ótica da Teoria Estruturante do Direito*. In.: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo. W.; PAGLIARINI, Alexandre (Org.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45-52.

NASSER, Salem Hikmat. *JUS COGENS. AINDA ESSE DESCONHECIDO*. Revista DIREITOGV. V. 1 N. 2 Jun-Dez: Fundação Getúlio Vargas: 2005, p. 161-178.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Devido Processo Legislativo e Aprovação de Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, janeiro/fevereiro/março de 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-MANOELJORGE.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

NEUMANN, Teodoro Ribera. *Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 5, n. 1, 2007, p. 89 -118.

NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do Direito. Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NEVES, Marcelo. *A Força Simbólica dos Direitos Humanos*. In.: Revista Eletrônica de Direito do Estado. n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, 2005.

NICZ, Alvair Alfredo. *Princípios Constitucionais Regentes das Relações Internacionais*. In.: GOMES, Eduardo Biacchi; Reis, Tarcísio Hardman. *O Direito Consti-*

tucional Internacional após a Emenda 45/04 e os Direitos Fundamentais. São Paulo: Lex, 2007, p. 7-20.

NIKKEN, Pedro. *El Concepto de Derechos Humanos*. In.: CRUZ, Rodolfo Cerdas; LOAIZA, Rafael Nieto (Comp.). *Estudios Basicos de Derechos Humanos*. T. 1. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.

NOLTE, Georg. *SOBRE CRISIS Y CRECIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN SESENTA AÑOS DE NACIONES UNIDAS*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, v. VII, 2007, p. 227-248.

NOUR, Soraya. *À PAZ PERPÉTUA DE KANT*. Filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

O'DONNELL, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá: Oficina em Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. (Coord.). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OLIVEIRA, Raul José de Galaad. *O preceito da soberania nas constituições e na jurisprudência brasileiras*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37 n. 146 abr./jun. 2000, p. 153-173.

PAIVA, Vicente Ferrer Neto. *Elementos de Direito das Gentes*. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1850.

PAULA, Vera C. A. de, PRONER, Carol. Convergência e Complementaridade entre as Vertentes de Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Revista Brasileira de Direito Internacional - RBDI, Curitiba, 8, mar. 2009.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Da Superação do Dogma da Soberania*. In.: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. *Desafios do Direito Internacional no Século XXI*. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 31-44.

PASTOR, Marta María. *La Corte Interamericana interprete último de la Convención Americana*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 163-188.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Las Generaciones de Derechos Humanos*. In.: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 10. Septiembre-Diciembre. 1991, p. 203-217.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *DIREITOS HUMANOS GLOBAIS, JUSTIÇA INTERNACIONAL E O BRASIL*. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 8, v. 15, p. 93 – 110, jan./jun. 2000.

_____. *O Direito Internacional Dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos*. In.: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A LEI DE ANISTIA: O CASO BRASILEIRO*. In.: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. n. 2 (jul./dez.). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 176-189.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

RAMINA, Larissa. *Direito Internacional Convencional*. Ijuí: Unijuí, 2006.

RAMÍREZ, Manuel Fernando Quinche. *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. núm. 12, julio-diciembre 2009, p. 163-190.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do direito internacional*. São Paulo: Renovar, 2004.

_____. *O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805 - 850.

RAMOS, Elival da Silva. *Os Tratados sobre Direitos Humanos no Direito Constitucional Brasileiro, Pós-Emenda Constitucional 45/04*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REMÓN, Florabel Quispe. *IUS COGENS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: SU RELACIÓN CON EL DEBIDO PROCESO*. Revista de Derecho, N.º 34, Barranquilla: Universidad del Norte, 2010, p. 42-78.

Revista Anistia Política e Justiça de Transição. n. 1 (jan./jun.). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

Revista Anistia Política e Justiça de Transição. n. 2 (jul./dez.). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

REZEK, Francisco. *Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004, p. 142.

REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. *O Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Constituição e o Papel dos Órgãos Judicantes no Brasil. Aplicação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Humanos previstos no Direito Internacional*. Rev. TST, Brasília, v. 70, n. 2, jul./dez. 2004, p. 88-121.

ROBLEDÓ, Antonio Gómez. *EL IUS COGENS INTERNACIONAL Estudio histórico-crítico*. 2. ed. México: UNAM, 2003.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Constituição, soberania e Mercosul*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998.

RODRIGUES, Luís Barbosa. *A Interpretação de Tratados Internacionais*. 2. ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição*. In.: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 157-195.

RUSSO, Eduardo Angel. *Derechos Humanos y Garantías. El Derecho al Mañana*. Buenos Aires: EUDEBA, 1999.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica. Introdução a uma leitura externa do Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8, n. 1, 2010, p. 117-136.

_____. *El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales*, Buenos Aires: La Ley, 2009-B.

_____. *EL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN DE UN IUS COMMUNE INTERAMERICANO*. In.: BOGDANDY, Armin Von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coord.). *LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INTERNACIONALIZACIÓN. ¿HACIA UN IUS COSNTITUCIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA?*, T. II. México: Universidad Nacional Autónoma de México. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 2010, p. 449-468.

SALA, José Blanes. *A POLÍTICA INTERNACIONAL E AS REGRAS DE JUS COGENS*. Revista IMES, Direito, ano VIII, n. 13, jul./dez., 2007, p. 29-36.

SANTOS, Cecília MacDowell. *Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. n. 7. Ano 4. Rede Universitária de Direitos Humanos: 2007, p. 27-57.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A REFORMA DO JUDICIÁRIO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: ALGUMAS NOTAS SOBRE O NOVO § 3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO*. Revista Depoimentos, Vitória, nº 9, jan./dez. 2005, p. 11-31.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *PROIBIÇÃO DE RETROCESSO, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS SOCIAIS: MANIFESTAÇÃO DE UM CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE POSSÍVEL*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, setembro/outubro/novembro, 2008.

SEPÚLVEDA I, Ricardo J. *EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*. In.: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coord.). *LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. ESTUDIOS EN HOMENAJE A HÉCTOR FIX-ZAMUDIO EN SUS CINCUENTA AÑOS COMO INVESTIGADOR DEL DERECHO, T. IX, DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 2008, p. 263-289.

SIDOU, J. M. Othon. *O CONTROLE DOS ATOS INTERNACIONAL PELO PODER LEGISLATIVO (APONTAMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL)*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 7, 2003, p. 345-360.

SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. *Justiça Transicional, Direitos Humanos e a Seletividade do Ativismo Judicial no Brasil*. In.: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. n. 2 (jul./dez.). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 263.

SILVA, Ricardo Méndez (coord). *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho

Constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002, p. 103 – 114.

SILVA, Roberto Luiz. *A OEA ENQUANTO ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL*. In.: OLIVEIRA, Márcio Luís de. (Coord.). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 85-103.

SORIANO, Aldir Guedes. *Constitucionalização do direito internacional: uma nova forma de alteração da Constituição*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 40 n. 159 jul./set. 2003, p. 253-266.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a EC 45: Aspectos Problemáticos*. In.: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo. W.; PAGLIARINI, Alexandre (Org.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TAIAR, Rogerio. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: MP, 2010.

TARDIF, Eric. *Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. año XVI. MONTEVIDEO: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, 2010, p. 307-322.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88 (Des) estruturando a Justiça. Comentários completos à Ec nº 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, Francisco de Assis Maciel. *Ratificação de Tratados Internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2005.

TOCCO, Carlos Alberto. *Origen y Evolución del Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Revista Electrónica IUSHISTORIA, n. 3, setembro de 2006. Disponível em: <www.salvador.edu.ar/juri/reih/index.htm>.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORO HUERTA, Mauricio Iván del. *La Apertura Constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Era de la Mundialización y sus Consecuencias en la Práctica Judicial*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, p. 325-363.

TRINDADE, Otávio Cançado. *A constitucionalização do direito internacional Mito ou realidade?* *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, p. 271-284.

VALLE, Agustín Basave Fernández del. *FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL*. México: UNAM, 2001.

VEGACENTENO, Horacio Andaluz. *La posición constitucional del poder judicial*. In.: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, AÑO XVII, MONTEVIDEO: 2011, p. 342-359.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004, p. 35-46.

VIÉGAS-SILVA, Marisa. *El nuevo Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: algunas consideraciones sobre su creación y suprimir año de funcionamiento*. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* ildi, n. 12, Bogotá: 2008, p. 35-66.

VILLALOBOS, José Humberto Castro; GURROLA, Claudia Verenice Agromón. *Diccionarios jurídicos temáticos. Derecho internacional público*. v. 7. México: Oxford University Press México, 2003.

VILLALOBOS, Larys Leiba Hernández. *LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO BASE DE LA DIPLOMACIA MUNDIAL*. *REVISTA DE DERECHO*, UNIVERSIDAD DEL NORTE, n. 22. Venezuela: 2004, p. 65-95.

VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS*. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Año XXII. Valparaíso/Chile: 2001, p. 371-383.

VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. *Sistema integrado de protección de los derechos humanos*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 5, n. 2, 2007, p. 121-135.

VIRALLY, Michel. *Réflexions sur le «jus cogens»*. In: Annuaire français de droit international, volume 12, 1966, p. 5-29.

VITTA, Heraldo Garcia. *Soberania do Estado e Poder de Polícia*. São Paulo: Malheiros, 2011.

VIVAS, Marcelo Dayrell. *Ações Constitucionais e o Supremo Tribunal Federal: Análise da eferividade dos instrumentos processuais de proteção aos direitos humanos previstos na Constituição Federal de 1988*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 727-775.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *QUÉ ES SER JUEZ CONSTITUCIONAL?* Trad. Miguel Carbonell. DÍKAION - LO JUSTO. AÑO 20 - NÚM. 15 - CHÍA, COLOMBIA - NOVIEMBRE 2006, p. 155-171.

ZIMERMAN, Silvina. *El camino emprendido por los jueces hacia el control de convencionalidad. Los derechos económicos, sociales y culturales*. In.: ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 267-286.

ZYL, Paul Van. *PROMOVENDO A JUSTIÇA TRANSICIONAL EM SOCIEDADES PÓS-CONFLITO*. In.: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. n. 1 (jan./jun.). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 32-55.